Die Unterschiede des Reugeldes

(sg. Wandelpön)

und der Vertragsstrafe im gemeinen Recht und neuem Reichsrecht

---

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

JURISTEN-FAKULTÄT ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

Franz Ledermann

Verlagsbuchhändler

BERLIN

1904

Die Unterschiede des Reugeldes

(sg. Wandelpön)

und der Vertragsstrafe im gemeinen Recht

und neuem Reichsrecht

Die Unterschiede des Reugeldes

(sg. Wandelpön)

und der Vertragsstrafe im gemeinen Recht und neuem Reichsrecht

---

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

JURISTEN-FAKULTÄT ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

Franz Ledermann
Verlagsbuchhändler

BERLIN
1904

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0025

Dem Andenken meiner Mutter

Literatur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Bähr, Der Strafvertrag nach gemeinem Recht. Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 28.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. Erlangen 1884.

Bernhöft in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Bielschowsky, Über die rechtliche Natur der Prämiengeschäfte. Breslauer Inaugural-Dissertation 1892.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts. Bde. 5, 12, 16, 18.

Corpus iuris civilis, fratres Krigelii. Lipsiae 1887.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1900.

Cretschmar, Das Bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der preussischen Landesgesetzgebung. Düsseldorf 1902.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. (1902). Tübingen und Leipzig.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg, Pandekten. Bd. II. 5. Aufl. Berlin 1896.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. II. 5. Aufl. Halle 1892.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II. (1899) Halle.

Deus, Die Vertragsstrafe nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Inaugural-Dissertation. Berlin 1896.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. I. Mannheim 1899.

Eck, Rücktritt vom Vertrage. Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. Aufl. Leipzig 1880/81.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 5. Aufl. Berlin 1899.

Engelmann, Das alte und das neue Bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bde. 40 und 43.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. München 1899.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. Bd. I. 7. Aufl. Berlin 1896.

Freytag, Die Unterschiede des Reugeldes von der Vertragsstrafe. Inaugural-Dissertation. Rostock 1902.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 16. Aufl. Berlin 1899.

Glück, Pandekten. Bd. IV. Erlangen 1796.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch nach der Legalordnung des A.L.R. Heft 1. Berlin 1897.

Gruchot's Beiträge. Bde. I. und II.

Heimbach, Konventionalstrafe in Weiskes Rechtslexikon. Bd. VI. Leipzig 1845.

Hölder, Konventionalstrafe in v. Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. Aufl. Leipzig 1880/81.

Kohler, Archiv. Bd. V.

Koch, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Bd. I. 7. Aufl. Berlin 1878.

v. Landmann, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. München 1897.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin 1902.

Lübbe, Die Vertragsstrafe nach gemeinem Recht und dem Recht des B.G.B. Inaugural-Dissertation. Greifswald 1900.

Makower, Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.

Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. Bde. I. und II.

Matthiass, Lehrbuch des B.G.B. 3. Aufl. Berlin 1900.
v. Nettelbladt, Der Strafvertrag nach gemeinem Recht. Ludwigslust 1886.
Neuenfeldt, Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzip nach Strafe oder Ersatzleistung? Inaugural-Dissertation. Berlin 1885.
Neuhaus, Die Konventionalstrafe nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich. Inaugural-Dissertation. Elberfeld 1897.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Pergament, Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältnis zueinander. Berlin 1896.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II. 1. Auflage. Berlin 1900.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.
Rassow, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1902.
Rehbein, Entscheidungen des preussischen Obertribunals. Bd. I.
v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. II. Berlin 1853.
Schleipen, Die Konventionalstrafe nach gemeinem Recht verglichen mit der Vertragsstrafe des deutschen B.G.B. Inaugural-Dissertation. Köln 1898.
Schmidt, A., Verwirkungsklausel und Vertragsstrafe beim Abzahlungsgeschäft. Inaugural-Dissertation. Rostock 1902.
Schmidt-Dahlheim, Usancen der Berliner Fonds- 11. Aufl. Berlin 1900.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe. Halle 1891.
Seuffert, Archiv. Bde. 12, 28, 43.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Recht. Leipzig 1903.
Sjögren, Über die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896.
Specka, Die Konventionalstrafe als Interesseersatz. Inaugural-Dissertation. Berlin 1896.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. II. 6. Aufl. Berlin 1900.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. II. München 1901.
Strauss, Über die Konventionalstrafe nach der neuen Reichsgesetzgebung. Inaugural-Dissertation. München 1898.
v. Wächter, Pandekten. Bd. II. Leipzig 1881.
Wendt, Die Reuverträge. Erlangen 1879.
Wendt, K., Die selbständigen Strafversprechen des § 343, 2. Inaugural-Dissertation. Königsberg 1903.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Bes. v. Kipp. Frankfurt a. M. 1900.
Wolff, Zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841.

Disposition.

I. Im gemeinen Recht.
  A. Begriff und Wesen beider Institute.
    § 1. Zweck.
    § 2. Akzessorischer Charakter.
    § 3. Art und Höhe der Strafleistung.
  B. Verfall der Strafleistung.
    § 4. Voraussetzung des Verfalls.
    § 5. Verhältnis der Strafleistung zur Hauptleistung.
II. Im neuen Reichsrecht.
  A. Begriff und Wesen.
    § 6. Zweck und akzessorischer Charakter.
    § 7. Art und Höhe der Strafleistung.
  B. § 8. Verfall der Strafleistung.

I. Im gemeinen Recht.

A. Begriff und Wesen beider Institute.

§ 1. Zweck.

Für die Vertragsstrafe[1]) stellt Dernburg folgende Definition auf:

„Vertragsstrafe ist eine zur Strafe der Nichterfüllung oder unvollständigen oder der unpünktlichen Erfüllung eines Versprechens bedungene Leistung.“[2])

Das Reugeld möchte ich analog der von Dernburg gegebenen Definition der Wandelpön folgendermassen definieren:

„Reugeld ist die Vereinbarung, dass sich der Verpflichtete gegen Übernahme einer Strafe von seiner Verbindlichkeit losmachen kann.“[3])

Beide Institute besitzen also eine grosse Ähnlichkeit: Sie setzen eine Hauptverbindlichkeit[4]) voraus, bei deren Nicht-

---

[1]) Der Ausdruck Vertragsstrafe gehört dem B.G.B. an (II. Entwurf; desgleichen vorher R.K.O.), das gemeine Recht kennt nur die Bezeichnung „Konventionalstrafe“. Doch sei es gestattet der Gleichmässigkeit halber auch schon für die gemeinrechtlichen Erörterungen den Ausdruck „Vertragsstrafe“ zu gebrauchen.

[2]) Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 130.

[3]) Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. II S. 103; — vgl. auch Freytag, Die Unterschiede des Reugeldes von der Vertragsstrafe, S. 24.

[4]) Dies ist allerdings für die Vertragsstrafe nicht unbestritten; doch wollen wir die Erörterung dieser Frage auf später verschieben.

erfüllung die Strafleistung eintritt. Dagegen ist der Zweck ein ganz verschiedener.[5])

Die Vertragsstrafe steht im Dienste des Gläubigers und zwar in zweifacher Hinsicht. Sie dient einmal dazu, den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten,[6]) in zweiter Linie dazu, das Interesse des Gläubigers im Falle der Nichterfüllung respektive unpünktlichen oder mangelhaften Erfüllung im voraus festzusetzen.[7])

Um uns beide Funktionen der Vertragsstrafe klar zu machen, müssen wir auf das römische Recht zurückgreifen.

Im römischen Recht war die Stellung des Gläubigers dem nichtleistenden Schuldner gegenüber eine besonders ungünstige. Zunächst, weil die Strenge des römischen Zivilrechts vielen Rechtsgeschäften wegen ihrer Form — zum Beispiel Vorliegen einer blossen pactio — lange Zeit die Klagbarkeit versagte. In zweiter Linie ist zu berücksichtigen, dass den Römern — in der älteren Zeit wenigstens — eine Realexekution fremd war.[8]) Ging die intentio des Klägers nicht auf eine bestimmte

---

[5]) Vgl. für das folgende: Specka, Die Konventionalstrafe als Interesseersatz, S. 24. — Strauss, Über die Konventionalstrafe, S. 5. — v. Nettelbladt, Der Strafvertrag nach gemeinem Recht, S. 6.

[6]) Vgl. L. 1 cod. de receptis 2, 55: ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur. Betreffs der zweiten Funktion der Vertragstrafe vgl. das Beispiel Anm. 10.

[7]) Selbstverständlich steht beides in Wechselwirkung. Es ist daher praktisch ziemlich bedeutungslos, dass das A.L.R. I, 5 § 292 nur das Interesse betont. — Vgl. auch Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals Bd. I S. 467 ff:

„Die Strafe dient hauptsächlich dazu, den meist schwierigen Nachweis des durch die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages erwachsenen Schadens entbehrlich zu machen, wodurch der in der gemeinrechtlichen Doktrin vorherrschende Zweck, Verstärkung und Sicherung der Erfüllung eines Vertrages nicht ausgeschlossen wird.

[8]) Vgl. v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe S. 1 ff. Besonders kamen hier auch Obligationen in Betracht, die auf ein „Tun" des Schuldners gerichtet waren. Vgl. § 7 J. de V. O. 3, 16: Non solum res in stipulatum deduci possunt sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam

Geldsumme — certa pecunia — so musste er sich mit der Summe begnügen, die der iudex im Wege der Abschätzung ihm zusprach.[9])

Hier trat die Vertragsstrafe in Wirksamkeit.[10]) Das Charakteristische derselben in der ältesten römischen Zeit war also, dass sie regelmässig nicht eine gültige Hauptobligation verstärkte, — sondern dass sie den Schuldner zur Erfüllung einer Naturalobligation antrieb. Gerade der Mangel einer Klage aus der Hauptobligation veranlasste den Gläubiger auf Stipulation einer Vertragsstrafe.[11]) Dieselbe trat also in dieser Zeit regelmässig alternativ an Stelle der Hauptleistung. Der Schuldner braucht auch die Strafleistung nicht einmal anzubieten. Er leistet einfach nicht und wartet ab. Das Schlimmste, was ihm geschehen konnte, war, dass der Gläubiger ihn auf Zahlung der Vertragsstrafe verklagt. Zahlte er, so war er frei. Man könnte fast vermuten, dass wir es bei dieser Erscheinung mit gar keiner Vertragsstrafe, sondern mit einem blossen Reugeld zu tun haben. Dies ist aber nicht der Fall. Tatsächlich liegt hier, wie wir weiter unten zeigen werden, eine richtige Vertragsstrafe vor, allerdings in noch unvollständiger Form.

---

subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. Desgl. Glücks ausführliche Erläuterungen der Pandekten Bd. IV. S. 434: „Der Unterschied zwischen der Konventionalstrafe und dem Interesse besteht besonders darin, dass erstere dem Vertrage gemäss bezahlt werden muss, quamvis nihil intersit."

[9]) Vgl. Specka, Die Konventionalstrafe als Interesseersatz S. 19 ff. Desgl. Neuhaus, Die Konventionalstrafe etc. S. 17 ff.

[10]) Vgl. als Beispiel L. 11 D. de stipul. praet. 46, 5: „In eius modi stipulationibus, quae „quanti res est" promissionem habent commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit et ad exiguam summam deducitur".

[11]) Vgl. Sjögren, Die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden S. 21: „Die Verstärkungsbedürftigkeit gewisser Verkehrsgebilde weist auf einen Mangel in der Legaldisposition hin. Können diese Verkehrsgebilde durch die Konventionalstrafe verstärkt werden, so bedeutet dies, dass ein Mangel in der Legaldisposition durch Parteidisposition abgeschwächt bezw. gehoben wird."

Selbstverständlich mochte der Gläubiger, den man sich ja in den meisten Fällen als den wirtschaftlich überlegenen Teil denken kann, vorsichtigerweise die Vertragsstrafe von vornherein so hoch ansetzen, dass sein Schade möglichst gedeckt war.

Die oben erwähnten Fälle wurden natürlich schon im späteren römischen Recht seltener. Im gemeinen Recht treten sie jedenfalls stark zurück gegen diejenigen, wo die Vertragsstrafe zur Verstärkung einer an sich durchaus klagbaren Hauptobligation dient.

Der Ausdruck „poena", „Strafe", regt zu der Frage an, ob wir es hier vielleicht mit der Abschwächung einer Kriminalstrafe zu tun haben oder ob der Ausdruck nur zufällig auf ein rein ziviles Verhältnis Anwendung gefunden hat. Im Anschluss an Wendt[12]) und Merkel[13]) geht Sjögren[14]) auf diesen Punkt ein. Er weist darauf hin, dass die schwächste Form der Strafe, die dem römischen Recht besonders charakteristische Privatstrafe, noch am ehesten Vergleichungspunkte mit der Vertragsstrafe ergibt. Beiden ist die Beziehung auf den verletzten einzelnen gemeinsam. Während aber die Privatstrafe im übrigen einen der gewöhnlichen Strafe ähnelnden Charakter hat, „als eine abgeschwächte Variante erscheint", unterscheidet sich die Vertragsstrafe dadurch von beiden, dass sie auf Privatdisposition beruht. Ihr Grund liegt in einem Mangel der Legaldisposition.[15]) Wenn er aber weiter definiert: „Die Wirkung der Vertragsstrafe ist zunächst ein Gefühl der Sicherheit, welche eventuell in einen Strafanspruch umschlägt", so begeht er meines Erachtens den Irrtum, dass er durch Anwendung des Ausdruckes „Strafanspruch" etwas präsumiert, was er erst beweisen müsste. Setzt man statt dessen „Ersatz-

[12]) Wendt, Rechtssatz und Dogma; Jahrbuch f. Dogmatik 22, S. 399 f.

[13]) Merkel, Juristische Enzyklopädie, S. 142 f.

[14]) Sjögren, Über die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden, S. 7 f.

[15]) Sjögren a. a. O. S. 21 ff.

anspruch", so gewinnt es seinen friedlichen Charakter sofort wieder. Denn auch jede andere Bestimmung des B.G.B. gibt uns ein Gefühl der Sicherheit, welches eventl. in einen Ersatzanspruch umschlägt. Ich glaube, dass die Tatsache, dass bei der Vertragsstrafe nicht bloss der Antrag, sondern auch die Festsetzung der Höhe der Strafe, sowie andererseits die Unterwerfung unter dieselbe durchaus privat und freiwillig ist, sie streng von jeder kriminellen Strafe scheidet.

Ob der Ausdruck „Vertragsstrafe" sich rein zufällig erklärt oder vielleicht psychologisch daraus, dass dieses Institut regelmässig kein positives Äquivalent für eine wirtschaftliche Leistung, sondern ein negatives für eine wirtschaftliche Minderleistung — Unpünktlichkeit, Unvollständigkeit — darstellt, vermag ich nicht zu entscheiden.[16])

Wir wenden uns jetzt zu den Zwecken des Reugeldes. Hierzu müssen wir einmal den Standpunkt des Gläubigers verlassen und uns auf die Seite des Schuldners begeben.[17]) Wenn der Gläubiger sich von vornherein die Erfüllung des Vertrages auf jede Weise zu sichern sucht, so kann ebensogut der Schuldner ein Interesse daran haben, sich das Recht zu wahren, vom Vertrage zurücktreten zu dürfen.[18]) Vielleicht aus blosser Laune, hauptsächlich wohl, weil er voraussieht,

---

[16]) Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II S. 219.

[17]) Wir bedienen uns der charakteristischen Ausdrücke „Gläubiger" und „Schuldner". Selbstverständlich soll damit nicht gesagt sein, dass nur einseitig verpflichtende Obligationen des Hinzutritts der Vertragsstrafe oder des Reugeldes fähig sind. Als Gläubiger möge nur immer der gelten, welcher an der Erhaltung der Obligation interessiert ist und eventuell die Vertragsstrafe resp. das Reugeld erhält. Als Schuldner sein Gegenpart.

[18]) Ganz ausser acht bleiben hier selbstverständlich diejenigen Fälle, in denen dem Schuldner ein gesetzliches Rücktrittsrecht zusteht. Hierher würde auch die röm. condictio ex poenitentia gehören. Sie gab im Innominatkontrakt demjenigen Kontrahenten, welcher vorgeleistet hatte, das Recht, bei Verzug des andern vom Vertrage zurückzutreten, falls er es nicht vorzog mit einer actio praescriptis verbis auf Erfüllung zu klagen. Sie ist darnach eine Form der condictio causa data causa non secuta. Anderer Ansicht teilweise Dernburg, Pandekten Bd. II, S. 20, Anm. 16.

dass die Leistung eventuell für ihn unmöglich oder doch unwirtschaftlich werden könnte.

In welcher Art er sich nun diesen Rücktritt vorbehält, hängt in erster Linie von seiner wirtschaftlichen Stellung gegenüber dem Gläubiger ab. Doch kann man immerhin zwei Hauptfälle unterscheiden.

Einmal macht der Schuldner bei Abschluss des Vertrages seinen eventuellen Rücktritt von einer Bedingung abhängig, d. h. er behält sich dem Gläubiger gegenüber das Recht vor, bei Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses den Vertrag nicht erfüllen zu brauchen resp. ihn wieder auflösen zu dürfen. Es liegt also der Rücktritt ausser der Willkür des Schuldners, eine andere Macht entscheidet an seiner Stelle.

Hier haben wir es aber infolgedessen auch mit keinem wahren Reurecht zu tun, und damit scheiden diese Fälle ein für alle Mal aus unserer Betrachtung aus.

Ich folge hier der Auffassung Wendts.[19]) „Von einem wahren Reurecht darf man m. E. erst dann sprechen, wenn wirklich ein Rechtsgeschäft aus keinem Grunde auflösbar ist, als weil es der Laune nicht länger gefällt und wenn wirklich der Berechtigte auf nichts weiter als auf seine Willensänderung sich zu beziehen und sich zu stützen braucht."

Desgleichen a. a. O. S. 15: „Das Reurecht wendet sich an das Belieben der Personen, einen geschlossenen Vertrag aufrecht zu halten und zu erfüllen oder ihn zu beseitigen und will ihm diese Wahl absichtlich freigeben."[20])

Dieser willkürliche Rücktritt kann nun wieder in zweierlei Form geschehen, für deren Anwendung wie gesagt, lediglich die Frage der wirtschaftlichen Überlegenheit massgebend sein wird. Ist der Schuldner stark genug, so wird er sich freien Rücktritt[21]) ohne jede Entschädigung des Kontrahenten vorbehalten.

---

[19]) Wendt, Die Reuverträge S. 5, vgl. auch Freytag a. a. O. S. 34.

[20]) Vgl. auch Motive Bd. I. S. 266.

[21]) Selbstverständlich auch dieses nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen. s. u.

Ein Beispiel hierfür würde sein das pactum displicentiae oder der Kauf auf Probe.[22]) Im zweiten Fall verspricht der Schuldner für den Fall, dass er vom Vertrage zurücktritt eine bestimmte Strafleistung.[23]) Und damit sind wir beim Reugeld angelangt.

Die verschiedenen Zwecke beider Institute haben sich uns bei Betrachtung ihrer allmählichen Entwicklung deutlich genug gezeigt. Sie sind im Grossen und Ganzen entgegengesetzt. Die Vertragsstrafe steht im Dienste des Gläubigers — das Reugeld dient den Interessen des Schuldners. Wenn die Vertragsstrafe dazu bestimmt ist, den Schuldner in doppelter Schlinge festzuhalten — Lübbe gebraucht dieses Bild — so kann man vielleicht vom Reugeld sagen, dass es dem Schuldner die Möglichkeit gibt, jederzeit ohne zu grossen Schaden den Kopf wieder aus der Schlinge zu ziehen.

Dass daneben auch ein gehöriges Reugeld den Schuldner vom leichtfertigen Rücktritt zurückhalten wird, und somit nebenbei auch die Rolle der Vertragsstrafe vertritt, soll gewiss nicht bestritten werden, aber in erster Linie denkt doch derjenige, welcher sich einen Rücktritt gegen Reugeld vorbehält, an diesen Rücktritt selbst. Ebenso kann selbstverständlich auch das Angebot einer Vertragsstrafe von seiten des Schuldners ausgehen. Aber ich glaube, dass die entgegenstehenden Zwecke beider Institute dadurch nicht wesentlich beeinflusst werden.

Diese Gesichtspunkte treten auch in einer Reichsgerichts-Entscheidung[24]) hervor, die dem Gebiete des A.L.R. angehört:

„Während das Charakteristische der ersteren (Vertragsstrafe) darin besteht, dass sie für den Fall der verschuldeten Nichterfüllung oder der verzögerten Erfüllung einer Straf-

---

[22]) Hier kann es allerdings unter Umständen Willensinterpretation sein, ob eine Bedingung oder ein beliebiges Reurecht vorliegt. Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. 11 S. 261; vgl. auch Freytag a. a. O. S. 30.

[23]) Die Erörterung des Falles, dass das Reugeld von vonherein gezahlt wird, das sogenannte Prämiengeschäft, wollen wir für den zweiten Hauptteil aufschieben.

[24]) Entscheidungen des R.G. in Zivilsachen, Bd. 43 S. 281.

leistung vereinbart wird, macht die Verabredung einer Wandelpön die Obligation zu einer resolutiv bedingten; der Verpflichtete erhält dadurch das Recht, sich gegen Übernahme der Strafe von seiner Verbindlichkeit loszumachen. Die Verpflichtung zur Zahlung der Strafe tritt für ihn erst dann ein, wenn er von dem Rechte der Auflösung Gebrauch macht . . . .

Zu weit geht allerdings die vom Berufungsrichter gebilligte Ansicht von Eccius a. a. O.,[25]) dass, im Gegensatz zu der Vertragsstrafe, welche das Erfüllungsinteresse des Gläubigers ersetze, die Wandelpön das Aufhebungsinteresse des Schuldners darstelle. Vielmehr hat die letztere, wie Rehbein (Entscheidungen des Obertribunals Bd. I S. 512) richtig bemerkt, eine Doppelfunktion: sie fixiert einerseits vertragsmässig das Interesse, welches dem Gläubiger für den Fall, dass der Vertrag durch den Rücktritt des Schuldners aufgehoben wird, vergütet werden soll, andererseits bringt sie aber, indem sie einen Erfüllungsanspruch des Gläubigers ausschliesst, dadurch zugleich das Interesse des Schuldners, d. h. den Vorteil zur vertragsmässigen Festsetzung, den dieser dadurch erlangt, dass er sich von der Vertragserfüllung durch Erlegung des Reugeldes befreien darf. Vermöge der ersteren Funktion hat die Wandelpön die Natur der Vertragsstrafe."

Ehe wir dieses Gebiet verlassen, sind noch zwei Institute verwandten Inhalts zu erwähnen. Einmal die sogenannte Verwirkungsklausel oder lex commissoria.[26]) Hier liegt um deswillen keine Strafleistung vor, „weil im Falle der Nichterfüllung der Hauptleistung diese selbst sich umgestaltet, nicht ein von ihr verschiedener Anspruch zur Geltung gebracht

---

[25]) Gemeint ist folgende Stelle:

„Diese (die Wandelpön) ist in jeder Hinsicht ein Gegensatz zu jener (der Vertragsstrafe). Sie sichert nicht die Erfüllung, sondern sie erleichtert dem Schuldner die Nichterfüllung. Sie will den Vertrag nicht erhalten, sondern geht darauf hinaus, seine Aufhebung zu gestatten." Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, Bd. I S. 737.

[26]) Tit. D. de lege commissoria 18, 3.

wird.[27]) Sie erscheint mir deshalb besonders interessant, weil sie gewissermassen in der Mitte zwischen dem Reugeld und der Vertragsstrafe steht. Sie gewährt bekanntlich dem Käufer ein Recht zum Rücktritt im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises. Sie erleichtert also die Auflösung des Vertrages und ähnelt darin dem Reugeld. Andererseits hat sie mit der Vertragsstrafe gemein, dass die Initiative zu ihr vom Gläubiger ausgeht, welcher mit ihrer Einsetzung den Schuldner zur pünktlichen Erfüllung seiner Verpflichtung anhalten will. Sie gleicht endlich beiden darin, dass sie das Bestehen einer Hauptleistung voraussetzt.

An zweiter Stelle ist die arrha poenitentialis zu erwähnen. Sie diente nicht nur, wie die gewöhnliche Arrha zum Zeichen des Abschlusses eines Vertrages, sondern ihr Geber hat ausserdem das Recht gegen ihre Preisgabe vom Vertrage zurücktreten zu dürfen. In dieser Hinsicht besitzt sie also eine dem Reugelde gleiche Funktion. Die Leistung kann entweder in einem Teil der Hauptleistung bestehen — dann ähnelt sie der Anzahlung — oder ebenso wie unsere Institute in einer von der Hauptleistung verschiedenen Leistung. Der Hauptunterschied zwischen der arrha poenitentialis einerseits und dem Reugeld und der Vertragsstrafe andererseits liegt darin, dass die Arrha bei Abschluss real übergeben wird und in das Eigentum des Empfängers gelangt, während unsere Institute nur eine Forderung des Gläubigers für den Fall des Nichtzustandekommens respektive der Wiederauflösung des Vertrages begründen.[28])

Dem römischen Recht war die arrha poenitentialis fremd (Vgl. Bechmann, Kauf, Bd. II S. 418), dagegen findet sie sich im gemeinen Recht und B.G.B. (§ 336, 2; desgleichen A.HGB. Art. 285). Im Zweifel wird sie nicht präsumiert.

---

[27]) Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. II S. 97.

[28]) Teilweise anderer Meinung Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 81, 93, welcher arrha poenitentialis und Reugeld vollständig identifiziert. Desgl. Nettelbladt, Der Strafvertrag S. 6. — Freytag a. a. O. S. 85. Ebenso Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II S. 207.

§ 2. Akzessorischer Charakter beider Institute.

Wir hatten bei unseren Erörterungen im ersten Kapitel die Notwendigkeit einer Hauptobligation als sicher angenommen. Da diese Frage indes in der Literatur für die Vertragsstrafe nicht unbestritten ist, müssen wir uns jetzt näher mit ihr beschäftigen.

Beim Reugeld, wie gesagt, kann die Frage kaum gestellt werden. Ein Rücktrittsrecht ohne eine Verbindlichkeit, von der man zurücktreten kann, ist wohl nicht denkbar. Ich will mich daher damit begnügen hier anzuführen was Wendt[1]) in dieser Beziehung über den Reuvertrag sagt.

„Seinem Inhalte nach stellt der Reuvertrag stets ein sogenanntes pactum adiectum[2]) dar, einen materiell unselbständigen Nebenvertrag, der nur auf die Vollziehung und den Fortbestand eines Hauptvertrages gerichtet ist, pars et sequela desselben in jeder Beziehung. Diese seine Natur ändert sich auch dann nicht, wenn für den Gegner das Äquivalent einer Geldleistung vereinbart wird."

Nicht ganz so einfach liegen die Verhältnisse bei der Vertragsstrafe.

Wir wollen zunächst einmal betrachten, welcher Art die Hauptobligationen waren, denen bei den Römern in der Regel Strafversprechen hinzugefügt wurden und alsdann untersuchen, ob auch selbständige Stipulationen dieser Art denkbar sind oder ob sich dieselben mit dem bedingten Versprechen vollständig identifizieren.[3])

Von einer Erörterung dieser Frage können wir ohne

---

[1]) Wendt, Die Reuverträge, S. 19.

[2]) Freytag, a. a. O. S. 43, hält auch Reuverträge in Stipulationsform für möglich; die Formel: si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? als Muster eines Reuvertrages zu geben, ist meines Erachtens nicht zulässig.

[3]) Über Wolff, welcher Strafversprechen überhaupt als Bedingungen behandelt vgl. Nettelbladt a. a. O. S. 10

weiteres absehen bei denjenigen Strafverträgen, welche in Form eines pactum adiectum abgeschlossen werden, da diese schon ihrer Natur nach das Vorhandensein eines Hauptvertrages erfordern. Überhaupt keine Strafversprechen sind die sogenannten stipulationes praetoriae, welche schon früh den Charakter der Privatstrafe mit dem der prozessualen Ordnungsstrafe vertauschten.

So können wir uns auf die Prüfung der stipulationes conventionales beschränken. Aber auch hier geben die zahlreichen Pandektenstellen keine klare Auskunft.

Diejenigen Juristen, welche die Notwendigkeit einer Hauptobligation verwerfen, führen gewöhnlich die folgenden Stellen als Belege für ihre Meinung an:

L. 85 D. de V.O. 45, 1: Si fundus Titianus datus non erit centum dari? nisi totus detur poena comittitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

L. 68 D. de V.O. 45, 1: Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio.

Aber wie v. Seeler[4]) m. E. mit Recht bemerkt, macht gerade der Ausdruck poena in beiden Fällen wahrscheinlich, dass dem oben erteilten Strafversprechen ein Vertrag zugrunde liegt.

Für das Erfordernis einer Hauptobligation spricht vor allem die oft zitierte Stelle:

L. 115 § 2 D. de V.O. 45, 1: „Item si quis ita stipuletur: „si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?“ Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem,

---

[4]) Strauss, a. a. O. S. 10. führt allerdings gerade diese Stelle als Beleg für das Gegenteil an.

si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est, ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit veluti „si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?“ sed ita concepta sit stipulatio: „Pamphilum dare spondes? si non dederis, tantum dari spondes?“ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Wir haben hier also zwei Stipulationen gegenüber gestellt. Bei der ersten: Pamphilum dari spondes? si non dederis tantum dari spondes? ist eine Hauptverbindlichkeit gegeben; hier haben wir es also unzweifelhaft mit einem wahren Strafversprechen zu tun. Bei der zweiten Formel: si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes? fehlt diese Hauptverbindlichkeit. Hier müssten also — falls unsere Ansicht die richtige ist, die unten näher zu erörternden Bestimmungen des Strafverfalls zessieren und diejenigen des Eintritts der Bedingung in Kraft treten. Tatsächlich entscheidet in der oben zitierten Stelle Papinian in diesem Sinne. In einem andern Falle kommt Paulus zu demselben Resultat.[5])

Wenn so schon für das klassische Recht die Notwendigkeit eines Hauptvertrages überwiegt, so kommt im gemeinen Recht als weiteres Moment die Formlosigkeit der Verträge überhaupt hinzu. Es wird daher wie Bähr[6]) meines Erachtens

---

[5]) L. 44 § 5, 6 D. de obl. et act. 44, 7.

[6]) Vgl. Bähr's Kritik der v. Nettelbladtschen Schrift in der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 28 S. 578 ff.

Deus will allerdings auch hier nur eine moralische Verpflichtung des Schuldners anerkennen auf das Gegenteil hinzuwirken. — (Deus die Vertragsstrafe nach B.G.B. S. 9.)

Die ganze Frage ist wie gesagt sehr kontrovers. Vgl. auch die folgende Stelle:

L. 2 D. de his 34, 6: poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena an condicio an translatio sit ex voluntate defuncti apparet.

mit Recht bemerkt, hier der Richter in vielen Fällen das Vorliegen eines latenten Vertrages annehmen müssen.

Wir kommen also zu dem Resultat, dass im gemeinen Recht für die Vertragsstrafe im Grossen und Ganzen eine Hauptobligation erforderlich ist. Dies spricht auch Windscheid mit aller Deutlichkeit aus: „Ein Versprechen, durch welches jemand sich einfach für den Fall eines Tuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Tun oder Unterlassen selbst zu versprechen, ist kein Strafversprechen mehr und muss lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurteilt werden."

Eine solche Hauptobligation kann aber eine gesetzliche, eine Deliktsobligation oder ein Vertrag sein. Wir werden also im folgenden zu prüfen haben, ob die Hauptobligation notwendigerweise ein Vertrag sein muss, oder ob auch in einem der beiden anderen Fälle ein Reugeld oder eine Vertragsstrafe denkbar ist.[7])

Diese Frage ist in der Literatur ausschliesslich für die Vertragsstrafe erörtert worden, wir werden aber sehen, dass für das Reugeld dieselben Grundsätze Anwendung finden.

Ich schliesse mich hierbei im Gegensatz zu Windscheid[8]) der Dernburgschen[9]) auch von Seeler[10]) geteilten Ansicht an, dass ein Hauptvertrag vorliegen müsse.

Dagegen leugnet wieder Bähr a. a. O. S. 580, dass überhaupt Strafvertrag und bedingter Vertrag vergleichbar seien.

Meines Erachtens ist immer der Hauptwert darauf zu legen, ob der Wille dem Gegenkontrahenten in irgend einer Weise kenntlich gemacht ist und erscheint mir daher auch Savignys Definition der Vertragsstrafe nicht ausreichend.

Savigny, Obligationenrecht Bd. II S. 80: „Vertragsstrafe heisst ein bedingtes Versprechen etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zugrunde liegt, auf das Gegenteil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken."

[7]) Das ALR. verlangt sowohl für die Vertragsstrafe als für das Reugeld das Vorliegen eines Vertrages. Vgl. I, 5 § 292, § 314.

[8]) Windscheid a. a. O. S. 151.

[9]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 130.

[10]) v. Seeler a. a. O. S. 10 ff.

Wir haben oben gesehen, dass die Bestellung einer Vertragsstrafe respektive eines Reugeldes, je nachdem dem Schuldner oder Gläubiger einen Vorteil gewährt. Es ist nun schwer zu denken, dass beim Vorliegen einer gesetzlichen oder Deliktsobligation, wo doch schon so zu sagen von dritter Seite die Bedingungen der Obligation festgestellt sind, sich eine Partei entschliessen könnte, selbst eine schwerere Schuld auf sich zu nehmen oder den Gegner zu entlasten. Sie wird es vielmehr nur dann tun, wenn sich auch der Gegner zu Zugeständnissen versteht. Dann liegt aber keine der oben erwähnten Obligationen mehr vor, sondern die Kontrahenten gehen eine neue Vertragsobligation unter Festsetzung eines Reugeldes respektive einer Vertragsstrafe ein.[11])

Wir gelangen damit zu den Erfordernissen eines Hauptvertrages und zwar, „da beide Institute das Bestehen einer Forderung respektive Verbindlichkeit voraussetzen, eines obligatorischen, nicht dinglichen Hauptvertrages.“[12])

Ebenso erledigt sich meines Erachtens die Behauptung Windscheids,[13]) dass auch nach Abschluss der Verbindlichkeit eine Vertragsstrafe vereinbart werden könne. Selbstverständlich, wenn der Schuldner gutmütig genug ist. In der Regel aber wird er auch hier seine Gegenforderungen aufstellen. Dann kommt ein neuer Vertrag zustande, bei dem die Vertragsstrafe ordnungsmässig gleich bei Abschluss vereinbart wird. Auch hier liegen die Verhältnisse beim Reugeld analog, nur dass die Stellung des Schuldners und des Gläubigers hier die umgekehrte ist.

Damit glaube ich die Notwendigkeit eines Hauptvertrages bewiesen zu haben. Kommt ein solcher aus irgend einem

---

[11]) Für das preussische Privatrecht gibt Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts Bd. I S. 335 als Beispiel den Übertritt von Vieh nach dem Gesetz vom 1. 4. 1880 § 69. Auch hier wird man meines Erachtens besser von einer Busse sprechen.

[12]) v. Seeler a. a. O. S. 19.

[13]) Windscheid a. a. O. S. 151.

Grunde nicht zustande, oder erlischt er, so erlöschen auch Reugeld und Vertragsstrafe.

Des weiteren tritt nunmehr die Frage an uns heran, ob der Hauptvertrag klagbar sein müsse? Beginnen wir wieder mit der Vertragsstrafe.

Darin herrscht zunächst volle Übereinstimmung, dass der Hauptvertrag nicht gegen die guten Sitten noch das Gesetz verstossen dürfe.[14]) Damit wäre die Möglichkeit geboten, unsere Gesetze zu umgehen. Denn durch eine genügend hohe Vertragsstrafe liesse sich schliesslich jede ungesetzliche Forderung erzwingen.

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob eine auf eine blosse Naturalobligation gesetzte Vertragsstrafe eingeklagt werden könne. Eine Naturalobligation ist eine solche, welche die Volksmoral anerkennt, während ihr das Recht die Klagbarkeit verweigert, oder, um mit Dernburg[15]) zu sprechen: „Bei der Naturalobligation handelt es sich um den Gegensatz der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates."

Windscheid[16]) glaubt, dass eine solche Obligation zur Be-

---

[14]) Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 131. Möglicherweise kann erst durch Zufügung der Vertragsstrafe das Rechtsgeschäft zu einem unsittlichen werden. Dann ist die letztere ungültig. Vgl. L. 61 D. de V.O. 45, 1: stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non feceris tantum dare spondes?" Inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio. Dagegen bleibt das Hauptversprechen gültig: L. 126 § 3 D. de V.O. 45, 1: si ita stipulatus fuero te sisti et nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est, detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit ac si te sisti stipulatus essem. Vgl. auch Strauss, a. a. O. S. 16.

Vgl. Sjögren a. a. O. S. 18: „Es ist daran zu erinnern, dass der Konventionalstrafe ein Zweck innewohnt, durch dessen Verfolgung dem von der Rechtsordnung ausgehenden Rechtsschutz eine Konkurrenz zu erwachsen scheint, deren Loyalität bezw. Zulässigkeit erst geprüft werden muss.

[15]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 10.

[16]) Allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Versprechende sie für gültig hält. Cfr. Windscheid a. a. O. S. 157. Gültigkeit verlangt auch das A.L.R. Tit. 5 § 310.

gründung einer Vertragsstrafe nicht genüge; ebenso Seeler[17]), während Dernburg[18]) die Klagbarkeit nicht für erforderlich hält.

Der Widerspruch erklärt sich wohl daraus, dass namentlich im altrömischen Recht der Staat aus ganz verschiedenen Gründen einzelnen Obligationen die Klagbarkeit versagt. Einmal aus formellen Gründen wie z. B. beim blossen pactum. Hier liegt der Grund der Unklagbarkeit nicht in einer Missbilligung des Staates, sondern nur die Schwerfälligkeit und Formenstrenge des römischen Zivilrechts macht eine solche Obligation zu einer naturalen. Hier hat der Staat keine Veranlassung einer Vertragsstrafe die Gültigkeit zu versagen.[19])[20])

---

[17]) v. Seeler, a. a. O. S. 10f. Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. 12 No. 261: Es liegt in der Natur der Sache, dass da, wo eine Übereinkunft bezüglich ihrer Hauptbestimmung unverbindlich ist auch etwaige Nebenbestimmungen nicht als verbindlich aufrecht bleiben können, da sie ihre Bedeutung nur durch Existenz der Hauptbestimmung selbst erhalten. Dies ist besonders dann der Fall, wenn eine gesetzliche Vorschrift, welche gewisse Formalitäten zur Rechtsverbindlichkeit eines Vertrages vorschreibt als eine Art Prohibitivgesetz zu betrachten ist.

[18]) Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 130.

[19]) Ein Fall dieser Art würde auch ein Strafversprechen sein, welches einem Vertrage zugunsten eines Dritten beigefügt ist: L. 38 pr. D. de V.O. 45, 1: Nemo facti alienum promittendo obligatur. Dagegen ist die Strafverabredung durchaus gültig. Vgl. Strauss a. a. O. S. 14 f. — Neuenfeldt, Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzipe nach Strafe oder Ersatzleistung? S. 42.

[20]) Vgl. auch Rehbein a. a. O. Bd. I S. 468: Im römischen Recht war der Strafvertrag ein mehr selbständiger Vertrag. Infolge dieser Auffassung kann die Strafverordnung auch einem ungültigen nicht klagbaren Vertrage mit rechtlicher Wirkung beigefügt werden. Es hängt ihre Wirksamkeit auch nicht schlechthin von der Kraft der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit, sondern von der Statthaftigkeit der Bedingung ab. Nur wenn die durch den Hauptvertrag übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllt werden darf, weil sie dem Gesetz oder den guten Sitten widerstreitet und was dem gleichsteht, wenn der in dem hinzugefügten Strafvertrage liegende psychische Zwang gegen die guten Sitten verstösst, oder wenn die Hauptleistung unmöglich ist, fällt auch die Konventionalstrafe weg.

Ja wir haben oben gesehen, dass gerade derartige Fälle ein Hauptgrund für die Entstehung der Vertragsstrafe waren. Anders wenn der Staat aus praktischer Erwägung also z. B. zur Erhaltung der Rechtssicherheit im Falle der Verjährung einem Anspruch die Klagbarkeit versagt. Hier würde eine Vertragsstrafe im Widerspruch mit den Tendenzen des Staates stehen und damit ungültig sein.

Was aber die Fälle der ersten Art anbetrifft, so haben inzwischen das prätorische Recht, das Kaiserrecht und endlich das gemeine Recht selbst so sehr mit ihnen aufgeräumt, dass im heutigen gemeinen Recht nur noch in Ausnahmefällen — also etwa aus Mangel an pekuniärem Interesse[21]) — eine derartige Obligation vorkommt. Für diese Ausnahmefälle würde ich gleich Dernburg, obgleich ein klagbarer Hauptvertrag nicht vorliegt, die Vertragsstrafe für klagbar halten.[22])

Im allgemeinen aber wird man für das gemeine Recht sagen können, dass zur Gültigkeit der Vertragsstrafe auch ein gültiger Hauptvertrag gehört.

Für das Reugeld dürfte der oben erörterte Fall insofern wenig praktisch werden, als wie wir später sehen werden die blosse Nichterfüllung des Hauptvertrages den Gläubiger noch nicht zur Klage auf das Reugeld berechtigt. Sollte indessen der Schuldner — etwa in Unkenntnis dieses Umstandes — dem Gläubiger seinen Rücktritt erklären, so würde ich den Fall analog der Vertragsstrafe behandeln, d. h. verstiesse der Hauptvertrag gegen Gesetz oder die guten Sitten, so wäre der Rücktretende nicht zur Zahlung verpflichtet. Handelt es sich

---

[21]) Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 130 Anm. 4.

[22]) Vgl. auch Seufferts Archiv Bd. 28 S. 355: Das gemeine Recht erkennt in neuerer Zeit überwiegend den Grundsatz an, dass die Wirksamkeit der einem Vertrag beigefügten Konventionalstrafe nicht sowohl von der Rechtsbeständigkeit und Gültigkeit der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit, als vielmehr von der Statthaftigkeit der Strafstipulation (der Bedingung) abhängt, so dass also die Konventionalstrafe auch einem sonst ungültigen Vertrage mit Wirksamkeit und Klagbarkeit beigefügt werden kann, vorausgesetzt, dass sie nicht zu ungesetzlichen Handlungen verbindlich macht oder sonst gegen die guten Sitten verstösst.

nur um eine Naturalobligation, so kann der Gläubiger auf das Reugeld klagen.

Zum Schluss sei noch bemerkt, dass mit ihrer Fälligkeit beide Strafleistungen ihren akzessorischen Charakter verlieren und nunmehr zu selbständigen Forderungen werden.[23])[24])

§ 3. Art und Höhe der Strafleistung.

Wir haben bis jetzt bei unseren Ausführungen immer als Beispiele Zahlung einer Geldsumme als Strafleistung gegeben und der Ausdruck „Reugeld" deutet auch darauf hin, dass dieses die Regel ist. Es steht aber nichts im Wege, dass auch eine andere Leistung versprochen wird.[1])

Aus der akzessorischen Natur beider Institute aber folgt, dass der Hauptvertrag selbst nicht durch sie geändert werden darf, oder wie Dernburg es ausdrückt, „der Gläubiger muss einen von der Hauptleistung verschiedenen Anspruch zur Geltung bringen".[2]) Doch möchte ich den von Dernburg an dieser Stelle erwähnten Fall, dass sich bei verzögerten Leistungen einer Kaufsache der Preis um einige Prozente mindert, nicht hierher rechnen, sondern darin eine latente Vertragsstrafe auf unpünktliche Leistung sehen.

Eine weitere Erörterung, die allerdings für die Praxis kaum von Wichtigkeit sein dürfte, schliesst sich hier an.

---

[23]) Ebenso nach A.L.R. Vgl. Eccius a. a. O. S. 732.

[24]) Darum kommt auch ein Erlöschen der Hauptverbindlichkeit nach dem Verfall dem Schuldner nicht mehr zugute. Vgl. Freytag a. a. O. S. 50.

[1]) Bestritten von Heimbach, in Weiskes Rechtslexikon Bd. 3 S. 59; desgl. von Sjögren a. a. O. S. 7; übereinstimmend v. Nettelbladt, a. a. O. S. 19; Schleipen, Die Konventionalstrafe nach gem. Recht etc. S. 24; Neuenfeld, a. a. O. S. 39; Freytag a. a. O. S. 32.

Dafür spricht auch folgende Pandektenstelle: L. 126 § 3 D. de V.O. 45, 1: Si ita stipulatus fuero te sisti, nisi steteris aliquid dari, quod promittenti impossibile est, detracta secunda stipulatione prior manet utilis, et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.

[2]) Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. II S. 97.

Muss die Strafleistung selbst gültig sein? An sich steht natürlich nichts im Wege, dass sich der Gläubiger mit dem Versprechen einer nicht klagbaren Vertragsstrafe resp. eines Reugeldes begnügt, aber die Sicherheit, welche ihm Reugeld und Vertragsstrafe bieten, würde dann vollständig in Wegfall kommen.[3])

Wenn aber dieser Ausnahmefall trotzdem eintritt, welchen Einfluss hat dann die ungültige Strafstipulation auf die Hauptleistung? Hier wird der Gläubiger nur auf die Hauptleistung klagen können,[4]) vorausgesetzt, dass es sich nicht um eine Simulation handelt und für den Gläubiger die Strafleistung die Hauptsache ist.

Dieser Fall ist gerade bei ungesetzlichen und unsittlichen Strafforderungen denkbar. Er wäre analog dem oben für den Fall der Ungültigkeit der Hauptleistung Gesagten zu entscheiden. Die gleichen Erwägungen wird man bei einem ungültigen Reugeld anzustellen haben. Liegt eine Naturalobligation vor, so wird dies die Hauptleistung nicht berühren, nur wird der Gläubiger, falls er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, nicht zur Leistung der Strafe gezwungen werden können. Dagegen würde durch die Vereinbarung eines Reugeldes, welches gegen Gesetz oder gute Sitte verstösst, nicht nur dieses, sondern auch die Hauptleistung unwirksam werden. Das oben über den Fall der Simulation Gesagte könnte natürlich auch hier in Frage kommen.

Was die Höhe der Strafleistung anbetrifft, so ist diese im gemeinen Recht unbegrenzt und vom Interesse ganz unabhängig.[5]) Ein allgemeines Herabsetzungsrecht des Richters,

---

[3]) Vgl. auch Neuenfeldt a. a. O. S. 9f.

[4]) Desgl. A.L.R. I, 5 §§ 297|98. Auch im code civil ist dieses ausdrücklich bestimmt: Art. 1227 Abs. 2.

[5]) Vgl. L. 32 pr. D. de rec. 4, 8: Paulus libro tertio decimo ad edictum: non distinguemus in compromissis minor an major sit poena quam res de qua agitur.

L. 38 § 17 D. de V.O. 45, 1: poeman enim, cum stipulatur quis non

wie es das B.G.B. aufweist (§ 343), lässt sich für das gemeine Recht trotz Dernburgs[6]) gegenteiliger Ansicht nicht statuieren.[7]) Auch die römischen Zinsverbote, welche Lübbe[8]) und Schleipen[9]) als derartige Beschränkungen ansehen, möchte ich trotz ihrer ähnlichen Tendenz nicht dafür halten, sondern mit Pergament[10]) annehmen, dass für das gemeine Recht das Verbot des verschleierten Wuchers die einzige Schranke bildet. Inwieweit diese Regel auf ein Reugeld Anwendung findet, wird man nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen haben.

---

illud inspicitur, quid intersit sed quae sit quantitas quaeque conditio stipulationis.

Dagegen hat das A.L.R. I, 5 § 301, verleitet durch eine missverständlich auf die Vertragsstrafe bezogene Stelle Justinians den Höchstbetrag der Vertragsstrafe auf das doppelte Interesse festgesetzt. Dies gilt aber nicht für das Reugeld (Gruchots Beiträge Bd. I S. 156).

[6]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 132.

[7]) Vgl. auch Boltze, Praxis des R.G. Bd. 16 S. 332: „Darin allein, dass jemand eine wenn auch unverhältnismässig hohe ihm zustehende Konventionalstrafe fordert, kann trotz der entgegenstehenden Ansicht Dernburgs, Pandekten Bd. II § 46 S. 129, nie ein Verstoss gegen die guten Sitten liegen. Wenn aber das Berufungsgericht das Recht des Richters eine ihm übermässig hoch erscheinende Konventionalstrafe zu ermässigen verneint, so befindet es sich im Einklang mit dem gemeinen Recht; ganz abgesehen davon, ob nicht ein solches Ermässigungsrecht jedenfalls für Handelsgeschäfte durch Art. 284, 1 H.G.B. beseitigt sein würde, was anzunehmen sein möchte, wenn auch mit Recht ausgesprochen worden ist, dass diese Vorschrift der speziellen Bestimmung des Art. 123 des code civil, durch welchen dem Richter kein allgemeines Ermässigungsrecht beigelegt ist, nicht im Wege steht.“ II. 267/92 v. 6. Februar 1893.

[8]) Lübbe, a. a. O. S. 21.

[9]) Schleipen a. a. O. S. 26.

Vgl. L. 44 D. de us. 22, 1: poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest. Diese Bestimmungen sind hinfällig geworden durch das Gesetz betreffend die vertragsmässigen Zinsen vom 14. November 1867. Vgl. § 1: Die Höhe der Zinsen sowie Höhe und Art der Vergütung für Darlehn und für andere kreditierte Forderungen, ferner Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst kreditierten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung. Über die diese Bestimmungen einschränkenden Gesetze von 1880 — 1893 — 1894 vgl. Teil II.

[10]) Pergament, Konventionalstrafe und Interresse S. 93.

B. Verfall der Strafleistung.

§ 4. Voraussetzungen des Verfalls.

Vom Verfall der Strafleistung wird man sprechen, sobald der Schuldner zu ihrer Leistung verpflichtet ist, der Gläubiger das Recht hat auf sie zu klagen.

Wir haben oben gesehen, dass bei dem verschiedenen wirtschaftlichen Charakter beider Institute die Vertragsstrafe im wesentlichen ein Recht des Gläubigers, das Reugeld ein solches des Schuldners darstellt. Wir werden daher unsere Frage auch so formulieren können: Von wann an und unter welchen Voraussetzungen ist der Gläubiger berechtigt, die Vertragsstrafe zu verlangen, bis zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen kann sich der Schuldner durch Zahlung des Reugeldes von seiner Hauptverbindlichkeit befreien?

Beginnen wir wieder mit der Vertragsstrafe. Der akzessorische Charakter derselben bringt es mit sich, dass ihre Fälligkeit bedingt ist durch die Fälligkeit der Hauptleistung. Ihren Zeitpunkt zu bestimmen, soll daher unsere nächste Aufgabe sein.[1])

Hier lässt sich keine allgemeine Regel aufstellen, wir müssen vielmehr in jedem einzelnen Fall den Inhalt des Hauptvertrages prüfen.

Am einfachsten liegt die Sache, wenn der Hauptvertrag auf ein Unterlassen geht. Hier tritt der Verfall der Strafleistung mit der Zuwiderhandlung ein.[2])[3])

---

[1]) Vgl. für das Folgende Windscheid a. a. O. S. 151; Lübbe a. a. O. S. 23f.

[2]) Dieses Zuwiderhandeln muss aber ein bewusstes sein. Vgl. L. 122 § 6 D. de V. O. 45, 1; Dernburg, Pandekten S. 132 Anm. 10; Windscheid, a. a. O. S. 151 Anm. 1.

[3]) Auch das A.L.R. I, 5 § 305 ist in diesem Sinne erweiternd zu interpretieren. Vgl. Eccius a. a. O. S. 735 Anm. 39.

Geht der Vertrag auf etwas Positives, so haben wir zu unterscheiden, ob ein Termin für die Erfüllung gesetzt ist oder nicht.

Ist eine bestimmte Zeit festgesetzt, so verfällt die Vertragsstrafe ohne weiteres mit dem Verstreichen des Termins. Eine Mahnung ist nicht erforderlich. Fraglich erscheint es hier, ob die Strafe schon dann fällig ist, wenn es bestimmt erscheint, dass die Hauptleistung zu dem bestimmten Termin nicht erfolgt oder erst mit Ablauf dieses Termins selbst.

Für die frühere Fälligkeit spricht L. 113 pr. D. de V.O. 45, 1: Cum stipulatus sim mihi Procule, si opus arbitratu meo ante Kalendas Iunias effectum non sit, poenam, et protuli diem: putasne vere me posse dicere, arbitratu meo opus effectum non esse ante Kalendas Iunias, cum ipse arbitrio meo aliam operi laxiorem dederim? Proculus respondit: Non sine causa distinguendum est, interesse utrum per promissorem mora non fuisset, quominus opus ante Kalendas Iunias ita, ut stipulatione comprehensum erat, perficeretur, an, cum iam opus effici non posset ante Kalendas Iunias, stipulator diem in Kalendas Augusti protulisset, nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante Kalendas Iunias effici non poterat: puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante Kalendas Iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante Kalendas Iunias effici, id est, quod non est arbitratus, ut fieret, quod fieri non poterat aut si hoc falsum est, etiam si stipulatus pridie Kalendas Iunias mortuus esset, poena commissa non esse: quoniam mortuus arbitrari non potuisset, et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset et propemodum, etiam si ante Kalendas Iunias futurum esse coepit opus ante eam diem effici non posse, poena commissa est.

Dagegen spricht L. 124 pr. D. de V.O. 45, 1: Insulam intra biennium illo loco aedificari spondes? ante finem biennii stipulatio non committitur quamvis reus promittendi non edificaverit, et tantum residui temporis sit, quae aedificium extrui non possit, neque enim stipulationis status, cuius dies certus

in exordio fuit, ex postfacto mutatur. Idque et in stipulatione iudicio sistendi causa facta placuit: scilicet ut ante diem stipulatio non committatur, si certum esse coeperit parere stipulatio residuo tempore non posse.

Dernburg gibt der letzteren Ansicht den Vorzug und auch ich glaube, dass der Schuldner — was für ihn z. B. wegen Aufbringen der Strafsumme von grosser Wichtigkeit sein kann — erst bei Fälligkeit der Hauptleistung zur Zahlung verpflichtet ist.

Ist die Festsetzung eines bestimmten Termins nicht erfolgt, so wird es Sache der Interpretation sein, die Zeit der Fälligkeit festzusetzen.[4]) In der Rechtswissenschaft herrscht hierüber keine Einigkeit. Die Ansichten schwanken namentlich, ob eine vorherige Mahnung erforderlich sei oder ob die Leistung sofort fällig sei. Dieses „sofort" will Vangerow[5]) allerdings so interpretieren, dass sich der Schuldner noch bis zu Beginn des Prozesses durch Leistung von der Strafe befreien könne. Hierdurch würde er meines Erachtens in den meisten Fällen noch günstiger stehen, als wenn ihm eine Mahnung zuginge.

Weiterhin herrschen Zweifel, ob ein Verschulden des Schuldners erforderlich sei oder nicht. Der scheinbare Widerspruch der Quellen erklärt sich so, dass diejenigen Stellen, welche die Notwendigkeit einer culpa betonen, bis auf eine einzige — für welche Wolff eine, wie ich zugebe, etwas künstliche Erklärung abgibt[6]) — stipulationes praetoriae sind und daher für unsere Frage nicht in Betracht kommt.[7])

---

[4]) Vgl. Boltze, Praxis des R.G. Bd. 16 S. 328: Ob der Verfall der Vertragsstrafe beim einfachen Ausbleiben der fälligen Leistung oder erst im Falle des Verzugs eintritt, ist im einzelnen Fall durch Auslegung der die Strafe feststellenden Willenserklärung zu bestimmen. III. 269/92 v. 30. Januar und 10. Februar 1893.

[5]) Lübbe, a. a. O. S. 25.

[6]) Wolff, Zur Lehre von der mora, S. 51 f.

[7]) Vgl. L. 23 D. de obl. et act. 44, 7; L. 21 § 8, 9 D. de receptis 4, 8 etc.

Dass ein Verschulden nicht erforderlich sei, beweisen: L. 77 D. de V.O. 45, 1: ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius addita. In diesem Falle ist der Versprechende am Verfallstage tot und kann daher von einem Verschulden keine Rede sein. Ebenso L. 22 pr. D. ad leg. aquil. 9, 2: proinde si servum occidisti quem sub poena tradendum promisi utilitas venit in hoc judicium.

Hiernach möchte ich annehmen, dass ein Verschulden nicht erforderlich sei.[8])

Dagegen wäre es, wie Dernburg[9]) mit Recht bemerkt, eine unnötige Härte, die Strafe eintreten zu lassen, „wenn die verpönte Nichtleistung in Gründen, die ausserhalb des Schuldners und seiner Person liegen, ihre Ursache hat".[10]) Noch weniger kann natürlich von einem Verfall die Rede sein, wenn der Gläubiger selbst an der Nichterfüllung die Schuld trägt: L. 8 D. de nav. foen. 22, 2: Servius ait pecuniae trajecticiae poenam peti non posse si per creditorem stetisset, quominus eam intra certum tempus praestitutum accipiat. Windscheid[11]) will auch im letzteren Falle die „unverschuldete Unmöglichkeit dem Schuldner nicht zugute kommen lassen, wenn die Strafe auf nicht rechtzeitige Erfüllung der Hauptleistung gesetzt ist". Er begründet es damit, „dass in diesem Falle angenommen werden müsse, die Parteien hätten die Strafe in dem Sinne verabredet, den Gläubiger auf alle Fälle gegen die Nachteile verspäteter Erfüllung zu sichern".

Besser liegen der Natur des Instituts entsprechend für den Schuldner die Verhältnisse beim Reugeld. Hier ist Vor-

---

[8]) Vgl. dagegen Neuhaus a. a. O. S. 33.

[9]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 130.

[10]) Vgl. L. 69 D. de V.O. 45, 1: Ulpianus libro 6 ad edictum: si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quem ad modum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.

[11]) Windscheid a. a. O. S. 152; vgl. auch Neuhaus a. a. O. S. 28.

aussetzung des Strafverfalls, dass derselbe ausdrücklich von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Kommt er bloss mit der Hauptleistung in Verzug, so gibt das dem Gläubiger keine Klage auf das Reugeld, sondern nur auf die Erfüllung. Das Reugeld ist nur in solutione.[12])[13])

Dies hebt auch v. Wächter[14]) in seiner Definition des Reugeldes ausdrücklich hervor, die ich deshalb zitiere: „Das Versprechen einer Konventionalstrafe kann auch in der Art vorkommen, dass jemand eine Leistung vertragsmässig zusagt, sich aber das Recht vorbehält statt derselben, wenn er will eine bestimmte Strafe zu zahlen, sog. Reuprämie, Wandelpön. Der Gläubiger kann in einem solchen Fall bloss die Erfüllung der zugesagten Leistung verlangen, bloss diese ist in obligatione, der Schuldner aber kann, wenn er will, die Strafe seiner Leistung substituieren."

Damit der Gläubiger die Strafleistung verlangen kann muss der Schuldner von „seinem Rücktrittsrecht" Gebrauch machen. Die Strafe verfällt nicht, wenn der Gläubiger, gestützt auf einen gesetzlichen Grund, zurücktritt.[15])

Was den Zeitpunkt anbetrifft bis zu welchem der Schuldner von seinem Reurecht Gebrauch machen kann, so kommen hier, da das Reugeld nur eine qualifizierte Form des Rücktritts ist, die allgemeinen Regeln dieses Instituts zur Anwendung.

---

[12]) Für das A.L.R. herrscht Zweifel, ob die blosse Nichterfüllung des Vertrages von seiten des Schuldners den Gläubiger schon zur Einklagung der Wandelpön berechtigt. Dafür ist Koch (A.L.R. Bd. II S. 242 Anm. 23), der auch eine Entscheidung des Preuss. Obertribunals in diesem Sinne zitiert; dagegen Dernburg (Preuss. Pr.R. Bd. II S. 104), der Erklärung des Rücktritts verlangt und wenn ich ihn recht verstehe, auch Eccius (a. a. O. Bd. I S. 737 Anm. 55).

[13]) Gerade darin unterscheidet sich auch das Reugeld von einer Vertragsstrafe, die nur auf die Strafe gerichtet ist, wie sie Windscheid (a. a. O. S. 154 Anm. 16) statuiert. Sehr mit Unrecht sieht Pergament in seiner „Widerlegung Windscheids" hierin ein Reugeld. Cfr. Pergament a. a. O. S. 89.

[14]) v. Wächter, Pandekten Bd. II, S. 304.

[15]) Gruchots Beiträge Bd. II S. 159.

Ist eine besondere Vereinbarung getroffen, dass das Rücktrittsrecht nur innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden darf, so ist der Berechtigte selbstverständlich an diese Frist gebunden. Fehlt es an einer derartigen Festsetzung, so steht gemeinrechtlich dem Gläubiger kein Mittel zur Verfügung, den Schuldner zu einer Entscheidung zu zwingen.[16])

Eine weitere Frage ist die, ob der Berechtigte sein Rücktrittsrecht ausüben kann, wenn der Gegenstand, welchen er empfangen hat, durch Zufall zugrunde gegangen ist. Das gemeine Recht verneint diese Frage.[17])

Die Wirkung des erfolgten Rücktrittsrechts ist, dass ipso jure auch Dritten gegenüber der frühere Zustand wieder eintritt (dingliche Wirkung).

Haben sich mehrere die Strafleistung versprechen lassen so können sie pro rata die Strafe verlangen: L. 4 § 1 D. de V.O. 45, 1: poena certa pecunia promissa, si quid aliter factum sit mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus si it factum de quo cautum est individuum sit veluti iter fieri quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodamodo factum videretur.[18])

Bei mehreren Schuldnern muss man unterscheiden zwischen teilbarer und unteilbarer Leistung. Bei letzterer muss die Strafe von allen Schuldnern pro rata entrichtet werden: L. 85 § 3 D. de V.O. 45, 1: quod si stipulatus fuero. per te here-

---

[16]) Die L. 31 § 22 D. 21, 1 erwähnte Frist von 60 Tagen innerhalb welcher sich der Schuldner zu entscheiden hat, lässt sich nicht ohne weiteres auf alle Fälle des Rücktrittsrechts ausdehnen. Vgl. Arndts, Lehrbuch der Pandekten S. 494; desgl. Eck, Rücktritt vom Vertrage in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, S. 492; Weiske, Rechtslexikon für die Juristen aller teutschen Staaten; Glück, Pandekten Bd. IV. S. 541.

[17]) Anders bei der Wandelungsklage; vgl. Windscheid a. a. O. § 394, 5, 12.

[18]) Vgl. v. Nettelbladt a. a. O. S. 63.

demve tuum non fieri, quominus eam agam, si adversus ea factum sit, tantum dari et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae herciscundae judicio sarcient damnum.

Bei teilbarer Leistung ist, auch wenn ein Teil geleistet ist, die ganze Strafe verwirkt: L. 85 § 6 D. de V.O. 45, 1: si fundus Titianus datus non erit centum dari? nisi totus detur poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere.[19])

Wie liegt nun der Fall beim Reugeld? Es läge zunächst nahe anzunehmen, dass analog dem vorigen Fall der Schuldner gegen Erstattung des ganzen Reugeldes auch noch nach Beginn der Erfüllung von seinem Vertrage zurücktreten könne. Ich halte dies nicht für möglich, bin vielmehr der Ansicht, dass der Schuldner, indem er die Hauptleistung beginnt, gewählt und damit auf sein Reurecht endgültig verzichtet habe.[20]) Daher kann er meines Erachtens auch gegen Erlegung des Reugeldes nicht mehr zurück.

Bei einer Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern muss das Reurecht von oder gegen dieselben stets gemeinsam ausgeübt werden.[21])

Dem Charakter der Vertragsstrafe als Zivilobligation entsprechend ist dieselbe zedierbar und vererblich. Vor Verfall nur im Verein mit der Hauptobligation, hat sie aber ihren akzessorischen Charakter verloren so auch selbständig. Eine Ausnahme wird meines Erachtens der seltene Fall bilden, dass die Strafe selbst eine Individualleistung repräsentiert.

Beim Reugeld wird die Frage der Cessibilität und Vererblichkeit Willensinterpretation sein. Besteht das Reugeld wie oben in einer Individualleistung des Schuldners, so ist die Möglichkeit jedenfalls zu verneinen. Hier muss selbstver-

---

[19]) Vgl. auch A.L.R. I, 5 § 296.

[20]) Desgleichen A.L.R. I, 5 § 315. — Ebenso Windscheid a. a. O. Bd. II S. 318.

[21]) Vgl. Freytag a. a. O. S. 101.

ständlich eine Rücktrittserklärung des Schuldners vorausgehen.

„Den Beweis der Nichterfüllung des Hauptvertrages braucht bei der Vertragsstrafe nicht der Gläubiger zu führen. Es ist an dem Schuldner, wenn er auf die Strafe in Anspruch genommen wird seinerseits die Erfüllung darzutun.“[22])

Beim Reugeld liegt meines Erachtens die Sache so: Klagt der Gläubiger auf das Reugeld, so muss er den Rücktritt des Schuldners beweisen; klagt aber der Gläubiger auf die Hauptleistung, so muss der Schuldner eventuell beweisen, dass er gegen Reugeld zurückgetreten sei.

Der Erfüllungsort für Vertragsstrafe und Reugeld ist gemäss der akzessorischen Natur beider Institute derjenige der Hauptverbindlichkeit.[23])

§ 5. Das Verhältnis der Strafleistung zur Hauptleistung.

Wir wollen nunmehr die Rechte des Gläubigers respektive die Pflichten des Schuldners prüfen, nachdem die Fälligkeit der Strafleistung eingetreten ist.

---

[22]) Windscheid a. a. O S. 153; vgl. auch L. 1 C. de probat. 4, 19: ut creditor, qui pecuniam petit numeratam implere cogitur ita rursum debitor, qui solutam adfirmat, eius rei probationem praestare debet.

Diese Ansicht ist auch in der modernen Literatur die herrschende. Vgl. Schleipen a. a. O. S. 60; v. Nettelbladt a. a. O. S. 68; Freytag a. a. O. S. 105.

Dagegen müssen diejenigen, welche in dem Strafvertrag eine reine Bedingung sehen, den Beweis dem Gläubiger auferlegen, was aber zu sehr misslichen Konsequenzen führen würde. Vgl. Seufferts Archiv, Bd. 43 No. 13 S. 39: Die Auferlegung der Beweislast auf den Schuldner würde zu der Inkonvenienz führen, dass dann, wenn Hauptverbindlichkeit und Strafe gleichzeitig eingeklagt werden und der Schuldner Erfüllung behauptet, er zur Begründung seiner Einrede gegen die Hauptforderung die Erfüllung beweisen müsste, während gleichzeitig dieselbe Tatsache dem Gläubiger zur Begründung der Strafforderung zu beweisen obläge.

[23]) Anders in bezug auf das Reugeld eine Reichsgerichts-Entscheidung; vgl. Rassow, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, S. 154.

Nach dem ganzen Charakter beider Institute ist es von vornherein klar, dass die Stellung des Schuldners beim Reugeld eine günstigere sein wird. Wir haben gesehen, dass der Rücktritt gegen Reugeld ein Recht des Schuldners ist. Macht er davon Gebrauch, so hat er das Reugeld zu zahlen, wird aber dafür von der Hauptverbindlichkeit frei. Es liegt also ein privatives Verhältnis von Strafleistung und Hauptleistung vor. Das Wahlrecht aber, welches von beiden er leisten will, liegt ausschliesslich beim Schuldner.

Wir wenden uns jetzt zur Vertragsstrafe. Wir hatten als Zweck der Vertragsstrafe in unserer ersten Besprechung angegeben, einmal den Schuldner zur Erfüllung des Vertrages anzutreiben und zweitens im Falle der Nichterfüllung das Interesse des Gläubigers zu fixieren. Den ersten Zweck müssen wir im vorliegenden Fall als misslungen ansehen.

Wie nun wird die Strafleistung ihrem zweiten Zweck gerecht, wie ersetzt sie dem Gläubiger sein Interesse oder „den Unterschied zwischen dem Haben und dem Nichthaben der Hauptleistung für sein Vermögen“?[1])

Die zahlreichen Pandektenstellen[2]) geben uns hier keine einheitliche Antwort.

Ein Teil gibt dem Gläubiger nur ein Recht, auf die Strafleistung zu klagen. Hierzu gehören in erster Reihe diejenigen Fälle, bei denen das Hauptversprechen in der Form einer Stipulation erteilt war. Hier trat nach Ansicht des Paulus eine quasi Novation ein, so dass mit Verzug des Schuldners der Gläubiger nunmehr ein Recht auf die Strafleistung an Stelle der Hauptleistung erhielt.[3])

Weiter kommen hier diejenigen Stellen in Betracht, wo eine Klage auf die Hauptleistung aus Mangel an pekuniärem Interesse fehlt. Vgl. L. 3 § 1 D. de V.O. 45, 1: sed haec

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 124.

[2]) Vgl. die an anderer Stelle zitierte L. 115 § 2 D. de V.O. 45, 1.

[3]) Vgl. darüber Hölder, in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. II S. 544.

differentia illam habet rationem quod ubi unus ex heredibus prohibetur non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subjecta sit, nam poena subjecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus cuius intersit enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes, interest enim prohibiti a nemine prohiberi.

Eine dritte Kategorie bilden die Verträge zugunsten eines Dritten, denen, wie gesagt, das römische Recht, die Klagbarkeit versagte. Vgl. L. 38 § 17 D. de V.O. 45, 1: alteri stipulari nemo potest praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur inventae sunt enim huius modi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quo sua interest, ceterum ut alii detur nihil inter est mea.

Wir hatten schon in der Einleitung darauf hingewiesen, dass diese Form des Strafvertrages ihre Hauptbedeutung im klassischen römischen Recht hatte. Für das gemeine Recht kommt sie wohl weniger in Betracht. Uns aber ist sie um deswegen besonders interessant, weil sie dem Reugeld am nächsten steht. Auch bei ihr übt der Schuldner das Wahlrecht aus, ob er den Hauptvertrag oder den Strafvertrag erfüllen wolle, aber während bei dem Reugeld der Gläubiger auf die Strafleistung nur klagen kann, wenn der Schuldner ausdrücklich seinen Rücktritt erklärt, gibt ihm hier schon der blosse Verzug des Schuldners Recht zur Klage.

Trotz dieses geringen äusseren Unterschiedes glaube ich, hat man es hier doch mit einer richtigen Vertragsstrafe zu tun. Die Initiative geht doch auch hier vom Gläubiger aus und das ganze Institut dient doch unzweifelhaft der Verstärkung des Vertrages. Wir haben hier nur gewissermassen einen unvollkommenen Vorläufer der eigentlichen Vertragsstrafe vor uns. Daher möchte ich Pergament[4]) nicht beipflichten, der auch in diesem Institut eine Schwächung des Vertrages erblickt.

Wir wenden uns nunmehr zur Betrachtung einer andern

[4]) Pergament a. a. O. S. 89f.

Reihe von Pandektenstellen, welche dem Gläubiger die Wahl lassen, ob er die Strafe oder die Erfüllung wählen will. Hierher gehört L. 4 § 7 D. de doli mali 44, 4: Labeo ait: si de homine petito secundum actorem fuerit judicatum et jussu judicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi si traditus non fuisset poenamque stipulatus sit petitorem qui et hominem vindicat et poenam petit exceptione esse repellendum, iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.

Ebenso L. 28 D. de act. empt. et vend. 19, 1.

Es ist klar, dass in einem solchen Falle die Lage des Gläubigers bedeutend günstiger ist. Er erhält auch nur das eine oder das andere, aber das Wahlrecht steht hier bei ihm. Ihm ist somit die Möglichkeit gegeben, die Klage auf die ihm günstigere Leistung anzustellen.

Wie aber, wenn er sich darin irrt und die zuerst angestellte Klage sich später als die weniger vorteilhafte erweist? Hier kann nach den Quellenstellen der Gläubiger noch das Mehr einklagen, welches er erhalten hätte, wenn er von vornherein die bessere Klage angestrengt hätte.[5])[6])

Endlich ist noch eine weitere Klasse von Pandektenstellen näher zu betrachten, welche eine kumulative Haftung des Schuldners auf Haupt- und Strafleistung behaupten. Ich übergehe hier diejenigen Fälle, in denen die Strafsumme für den Fall der unpünktlichen oder inkorrekten Vertragserfüllung verabredet ist, da hier eine kumulative Haftung, wie ich unten näher erläutern werde, überhaupt nicht vorliegt.

Von einer wahren kumulativen Haftung handelt L. 16 D. de transact. 2, 15: qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum sub movebitur sed et poenam, quam

---

[5]) Dagegen schliesst die Vertragsstrafe des A.L.R. jede Forderung eines höheren Interesses aus. I, 5 § 293. — Ebenso code civil Art. 1152.

[6]) Dagegen hat der Schuldner nicht das Recht, die Vertragsstrafe herabzusetzen, indem er nachweist, dass tatsächlich das Interesse des Gläubigers geringer ist als diese. „Vielmehr bildet die Vertragsstrafe für den Gläubiger immer das zu verlangende Minimum.“ Vgl. Pergament a. a. O. S. 40.

si contra placitum fecerit, rato manente pacto stipulanti recte promiserat praestare cogetur.

Ein besonderes Interesse kann der Gläubiger in einem solchen Falle nicht mehr geltend machen.[7])

Wir kommen nunmehr zu der Frage, wann im einzelnen Fall kumulatives, wann privatives Verhältnis von Hauptleistung und Strafleistung anzunehmen ist.[8])

Zunächst ist hier natürlich der Wille der Parteien massgebend.[9]) Ist daher im Vertrage ausdrücklich ausgemacht, dass der Gläubiger nur die eine Leistung, sei es nach seiner Wahl, wie im Falle 2, sei es nach Wahl des Schuldners, wie im Falle 1 erhalten solle, so ist damit jeder Zweifel beseitigt. Liegt aber eine derartige feste Abmachung der Parteien nicht vor, so ist die Beantwortung unserer Frage bei den Juristen sehr verschieden.

Windscheid[10]) hält es für eine reine Auslegungsfrage. Dernburg[11]) will im Falle der Nichterfüllung nur ein privatives Verhältnis von Strafleistung und Hauptleistung annehmen, ist die Strafe aber auf Verzögerung oder Mängel der Hauptleistung gesetzt, so sollen beide gefordert werden können. Andere Pandektisten wie Arndts und Vangerow[12]) machen die Frage von der Art des Hauptvertrages abhängig. Bei einem stricti iuris negotium nehmen sie bedingte Novation, damit Erlöschen der Hauptobligation und somit privative Verpflichtung an, dagegen bei den bonae fidei negotia kumulative. Endlich sei noch Savignys[13]) Ansicht hier wiedergegeben: „Aus dem eigentümlichen Inhalt des Haupt- und Strafvertrages kann ein die Kumulation bezweckender Ver-

---

[7]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 132; Schleipen a. a. O. S. 38.

[8]) Vgl. auch A.L.R. I, 5 §§ 295, 296.

[9]) Charakteristisch in dieser Beziehung ist die Wendung „rato manente pacto“ in der oben zitierten Pandektenstelle.

[10]) Windscheid a. a. O. S. 153.

[11]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 132.

[12]) Zitiert bei Lübbe a. a. O. S. 29.

[13]) Savigny, Obligationenrecht, Bd. II S. 80.

trag auch ohne ausdrückliche Bezeichnung desselben geschlossen werden, wenn etwa der Betrag der Strafe verglichen mit dem Geldwert der Erfüllung des Hauptvertrages, so unverhältnismässig gering ist, dass die Parteien die Strafe unmöglich als Ersatz für die Erfüllung des Hauptvertrages, sondern nur als einen erhöhten Antrieb für dieselbe gedacht haben können. Je höher die Strafe, desto unwahrscheinlicher wird diese Auslegung des Vertrages.

Ich möchte mich im allgemeinen der Dernburgschen Ansicht anschliessen. Meines Erachtens muss man in erster Linie prüfen, ob der Gläubiger ein fortdauerndes Interesse an der Hauptleistung hat, oder ob dasselbe im Augenblick der Nichterfüllung für ihn erloschen ist. Liegt daher dem Strafantrage eine nicht nachzuholende Leistung zugrunde, also etwa Lieferung eines Mietwagens an einem bestimmten Tage, so würde ich privative Verpflichtung des Schuldners annehmen. Denn hier würde die Nachlieferung des Wagens gar keinen Sinn haben. Hier läge also der Dernburgsche Fall der Nichterfüllung vor.[14])

Andererseits ist es denkbar, dass die Hauptleistung an sich auch später dem Gläubiger von Nutzen sein wird, es ihm aber daran liegt, dieselbe an einem ganz bestimmten Termin oder in einer ganz bestimmten Form zu erhalten. Hier wäre es geradezu widersinnig, den Gläubiger vor die Alternative zu stellen, ob er die Strafleistung oder die Hauptleistung wolle. Hier bezieht sich ja die Strafstipulation im Grunde gar nicht auf die Hauptleistung als solche, sondern auf die Abmachung, dass die Hauptleistung in einer ganz bestimmten Form und zu einer ganz bestimmten Zeit erfolge.[15]) Dieser Teil des Vertrages ist aber nicht erfüllt und daher verfällt die Strafleistung wegen Nichterfüllung dieses Teils, ohne die Erfüllung des Hauptvertrages im Ganzen zu tangieren. Im Grunde liegt

[14]) Hier vertritt also die Vertragsstrafe ähnliche Tendenzen wie das Fixgeschäft.

[15]) Ähnlich Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II S. 90.

also auch hier keine kumulative, sondern eine privative Verpflichtung des Schuldners vor. Etwa der Art: Entweder du lieferst am 1. Mai, oder du zahlst mir hundert Mark; entweder du lieferst die Maschine mit hundert Pferdekräften oder du zahlst mir für jede Pferdekraft weniger hundert Mark.

Konsequent müsste auch hier der Gläubiger berechtigt sein, das Plus eines ihm aus der verzögerten oder mangelhaften Erfüllung erwachsenden höheren Schadens neben der Vertragsstrafe einzuklagen. Dieses hat aber, wie wir oben sahen, das gemeine Recht nicht zugelassen.

Nimmt der Gläubiger die Hauptleistung an, so braucht er sich seine eventuelle Strafforderung nicht vorzubehalten.[16])

[16]) Vgl. Dernburg, S. 132 Anm. 12. — Schleipen a. a. O. S. 55. Anders B.G.B. siehe unten.

II. Im neuen Reichsrecht.

A. Begriff und Wesen.

§ 6. Zweck und akzessorischer Charakter.

Wir wenden uns nunmehr dem neuen Reichsrechte zu. An Stelle der häufig unklaren und sich widersprechenden Pandektenstellen werden nunmehr die festen Rechtssätze des B.G.B. die Grundlage unserer Betrachtung bilden. Soweit sich diese mit den Bestimmungen des gemeinen Rechts decken, werden wir uns in Zukunft mit einem kurzen Hinweis auf dieselben begnügen können. Dagegen wird unsere Aufgabe insofern eine Erweiterung erfahren, als wir von jetzt ab auch das Reichs-Handelsrecht, welches sich in mancher Beziehung vom Bürgerlichen Recht emanzipiert hat, mit in den Kreis unserer Betrachtungen ziehen wollen.

Die Zwecke beider Institute sind die gleichen geblieben, wie im gemeinen Recht.[1])[2]) Für die Vertragsstrafe heben die Motive[3]) dies ausdrücklich hervor entgegen der einseitig das Interesse betonenden Auffassung des A.L.R. Das H.G.B. unterlässt es, eigene Definitionen für Reugeld und Vertrags-

[1]) Über die Frage, inwieweit auch die Draufgabe des B.G.B. eine der Vertragsstrafe gleiche Funktion hat, vgl. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 242; Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I S. 402; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 164.

[2]) Über die Unklarheit in der Terminologie des § 359 vgl. Freytag a. a. O. S. 36.

[3]) Motive Bd. II S. 275.

strafe aufzustellen, schliesst sich also dem Bürgerlichen Gesetzbuch an.[4])

Indessen findet sich im Handelsrecht eine besondere Art des Reugeldes freilich unter anderem Namen.

Es handelt sich um die sogenannte Prämie. Sie unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Reugeld hauptsächlich im folgenden. Während dieses nur dann fällig wird, wenn der zum Rücktritt Berechtigte von seinem Recht tatsächlich Gebrauch macht, ist die Prämie vom Schuldner, gleichgültig, ob er sein Reurecht ausübt oder nicht, auf jeden Fall zu zahlen.

Um diese Besonderheit zu verstehen, müssen wir einen Blick auf diejenigen Geschäfte werfen, bei denen das obige Institut hauptsächlich vorkommt. Es handelt sich hier um die sogenannten „Zeitkäufe", Börsen-Spekulationsgeschäfte, bei denen der eine Kontrahent Papiere zu einem bestimmten, schon heute fixierten Preise kauft, in der Hoffnung, dass ihr Kurs am Stichtage höher sein werde,[5]) der andere sie zum gleichen Preise verkauft in der Erwartung, der Kurs werde fallen; Spekulation à hausse und à baisse.

Es ist klar, dass für ein solches Geschäft ohne Vorbehalt eines Rücktrittsrechts sich beide Parteien für den Fall

---

[4]) Betreffs des Charakters des Reugeldes als Mittel zur Abschwächung des Vertrages vgl. für das B.G.B. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. I. S. 405: „Durch die Einräumung eines Rücktrittsrechts gegen Reugeld soll natürlich die Lage des Gläubigers nur verbessert, nicht aber verschlechtert werden. Hat der Gläubiger daher schon ganz abgesehen von jener Vereinbarung ein Rücktrittsrecht z. B. wegen einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung oder wegen Verzugs, so braucht er im Falle des Rücktritts das Reugeld nicht zu entrichten."

[5]) „Stichtag" ist derjenige Tag, an welchem der Prämienzahler sich zu erklären hat, ob er das Geschäft aufrechterhalten oder von seinem Rücktritt gegen Prämie Gebrauch machen wolle, z. B. für die Berliner Börse ist es für Ultimo-Liquidationsgeschäfte der 25. bis 28. des betreffenden Monats. Vgl. Schneider-Dahlheim, Usancen der Berliner Fonds-Börse, S. 40.

starker Kursschwankung grossen Gefahren aussetzt. Hier tritt das Institut der Prämie als Regulierung ein.

Gegen einen geringen Zuschlag zum Kaufpreise — Vorprämie, écart — behält sich der Käufer, gegen einen bestimmten Abschlag am Verkaufspreise — Rückprämie, décart — der Verkäufer das Recht vor, am Stichtage vom Vertrage zurücktreten zu dürfen.[6])

Theoretisch liegt hier natürlich ein reines Reurecht vor, praktisch aber haben wir es hier mit einem bedingten Rechtsgeschäft zu tun.[7]) Denn der Schuldner macht die Aufrechterhaltung des Prämiengeschäfts in den seltensten Fällen von seinen persönlichen Verhältnissen oder Entscheidungen, vielmehr regelmässig von einem „zukünftigen, ungewissen Ereignis", dem Stand der Kurse am Stichtag abhängig.

Interessant erscheint mir in dieser Hinsicht eine Bemerkung Bielschowskys:[8]) Während die Bestimmungen der Breslauer Börse ausdrücklich am Stichtage eine Erklärung verlangen, ob der Rücktrittsberechtigte gegen Prämie zurücktritt oder nicht, kommt dies in der Praxis nie zur Anwendung. Nicht die erfolgte oder nichterfolgte Erklärung entscheidet über Bestehen oder Nichtbestehen des Geschäfts, sondern dieselbe wird nach dem Kursstand am Stichtage einfach präsumiert.

Keine besondere Abart des Reugeldes kann ich in dem von Stammler und Matthiass[9]) erörterten Fall erblicken, wo die Geltendmachung eines gesetzlichen Kündigungsrechts nur gegen Zahlung eines Reugeldes erfolgen soll. Auch ich glaube nicht, dass hier von einer Vertragsstrafe die Rede sein kann, halte aber ein ganz normales Reugeld für vorliegend. Hauptvertrag: ich verpflichte mich von meinem gesetzlichen Rücktritts-

---

[6]) Über die mannigfachen Formen, in denen das Prämiengeschäft an der Börse vorkommt vgl. Bielschowsky, Über die rechtliche Natur der Prämiengeschäfte; Gareis, Das deutsche Handelsrecht, S. 555.

[7]) Vgl. S. 18 unserer Arbeit.

[8]) Vgl. Bielschowsky a. a. O. S. 21.

[9]) Matthiass a. a. O. S. 419; Stammler a. a. O. S. 163.

recht nicht Gebrauch zu machen, kann aber gegen Zahlung eines Reugeldes von diesem Privatvertrag zurücktreten, worauf wieder die gesetzlichen Kündigungsfristen Platz greifen.

Endlich sei an dieser Stelle noch auf die schon früher erwähnte lex commissoria hingewiesen. Sie hat schon vor dem B.G.B. im Jahre 1894 eine gesetzliche Regelung im Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte erfahren, dem sie als eine regelmässige Nebenbestimmung im Laufe der Zeit beigetreten war. Ob bei ihrem Eintritt nur die gezahlte Arrha — dann spricht man von Verwirkungsklausel[10]) — oder auch die schon vom Schuldner gezahlten Beiträge verfielen — Verfallsklausel[11]) — ist bestritten. Jedenfalls erschien sie und einige andere Nebenabreden dem Staate gefährlich genug, um die Abzahlungsgeschäfte unter ein besonderes Gesetz zu stellen, durch welches die Verfalls-Klausel überhaupt nicht und die Verwirkungsklausel nur mit Modifikationen gültig ist.[12]) Im B.G.B. entspricht der § 360 der lex commissoria;[13]) aber auch er hat ihr viel von ihrer Schärfe genommen. Er bestimmt nämlich, dass bei ihrem Eintritt der Gläubiger nur zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein soll, also weder die Arrha noch die schon gezahlten Raten behalten darf.

Da der § 360 ganz allgemein von Verträgen spricht, also die Abzahlungsgeschäfte in sich schliesst, so möchte ich Schmidt recht geben, welcher meint, dass es nach Inkrafttreten des B.G.B. mit Rücksicht auf den § 360 in Verbindung mit §§ 339 f., 138 einer Sonderregelung für die Abzahlungsgeschäfte nicht mehr bedurft hätte.[14])

Die im Seerecht gebräuchliche sogenannte Fautfracht ist ein gesetzliches Rücktrittsrecht und fällt nicht in den Rahmen unserer Betrachtung.

---

[10]) Vgl. über die Terminologie Schmidt, Verwirkungsklausel und Vertragsstrafe beim Abzahlungsgeschäft, S. 16.

[11]) Schmidt a. a. O. S. 34.

[12]) Vgl. über die wirtschaftliche Bedeutung Schmidt a. a. O. S. 12.

[13]) Schmidt a. a. O. S. 32 ff.

[14]) Schmidt a. a. O. S. 79.

Nach dieser Abschweifung kehren wir nunmehr zu unserer Aufgabe zurück und wollen im folgenden prüfen, wie weit die Grundsätze, die wir für die akzessorische Natur beider Institute im gemeinen Recht aufgestellt haben für das moderne Recht Geltung behalten.

Die Forderung einer Hauptobligation für die Vertragsstrafe war schon im gemeinen Recht wenig bestritten. Das B.G.B. schliesst hierüber jeden Zweifel aus durch die Fassung des § 339, welcher eine „Verbindlichkeit" voraussetzt. Verbindlichkeit ist aber nur der deutsche Ausdruck für „obligatio". Dieser Ausdruck umfasst die gesetzliche, vertragsmässige und Deliktsobligation.[15])

Die Aufhebung der Hauptobligation hebt auch die Vertragsstrafe auf.[16]) Ob ein Wiederaufleben der Hauptschuld auch die Vertragsstrafe neu erweckt, wird im Einzelfall zu entscheiden sein.[17])

Eine selbständige Abtretung der Vertragsstrafe vor ihrem Verfall ist meines Erachtens entsprechend der akzessorischen Natur des Instituts auch im B.G.B. nicht denkbar.[18])

Das Erfordernis eines Hauptvertrages stellt das B.G.B. nicht auf. Ganz klar sprechen dies auch die Motive[19]) zu § 339 (§ 420 des Entwurfs) aus: „Eine Konventionalstrafe kann . . . nicht bloss wenn das Forderungsrecht ein vertragsmässiges ist, vereinbart werden (Windscheid § 285; Sächsisches

---

[15]) Deus a. a. O. S. 10; vgl. auch Cosack, Bürgerliches Recht, Bd. I S. 330, welcher aus dem § 343, II B.G.B. die Möglichkeit von unabhängigen Strafverträgen konstruieren will; vgl. auch Freytag a. a. O. S. 22.

[16]) Hierher gehört auch der Fall, dass der Gläubiger in den Fällen der §§ 325, 326 statt des Schadensersatzes den Rücktritt wählt. Mit diesem Augenblick erlischt die Hauptverbindlichkeit und damit auch die Strafleistung. Vgl. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II S. 90.

[17]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 404 Anm. 18

[18]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II S. 222; Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. II S. 231.

[19]) Motive a. a. O. S. 275.

G.B. § 1428). Es ist kein Grund ersichtlich, eine solche Vereinbarung nur in Beziehung auf vertragsmässige Verbindlichkeiten zuzulassen."

Meine Zweifel, dass die Vertragsstrafe für den Fall einer gesetzlichen oder Deliktsobligation jemals grosse Bedeutung gewinnen würde, habe ich schon oben ausgesprochen.

Dagegen setzt die Verabredung eines Reugeldes nach B.G.B. das Bestehen eines Hauptvertrages voraus. Der ganze Abschnitt II ist betitelt „Schuldverhältnisse aus Verträgen"; der 5. Titel, dem das Reugeld angehört, spricht fortgesetzt nur von einem „Rücktritt vom Vertrage"; in den Motiven führt der entsprechende Titel 9 sogar ausdrücklich diese Überschrift;[20]) desgleichen Abschnitt VIII der Denkschrift.[21]) Ebenso spricht § 435 der Motive[22]) davon, „dass der Gegner, solange das Reugeld nicht entrichtet ist, vom Vertrage nicht zurücktreten darf.

Des weiteren hat sich das B.G.B. die Windscheidsche[23]) Anschauung zu eigen gemacht, dass eine Vertragsstrafe auch nach bereits begründetem Forderungsrecht vereinbart werden könne. Auch in bezug auf diese Frage möchte ich mich auf meine Ausführungen im ersten Teil beziehen.[24])

Einer weiteren Streitfrage des gemeinen Rechts hat das B.G.B. ein Ende gemacht, indem es für die Wirksamkeit der Vertragsstrafe die Gültigkeit des Hauptvertrages als Bedingung aufstellt.[25])

---

[20]) Motive a. a. O. S. 280.

[21]) Denkschrift zur Einführung eines B.G.B. S. 78.

[22]) Motive a. a. O. S. 285.

[23]) Motive a. a. O. S. 275.

[24]) Vgl. S. 26 dieser Arbeit.

[25]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 404: Bleibt die Hauptschuld trotz Änderung identisch, so bleibt die Strafschuld bestehen, z. B. bei nachfolgender verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung. Vgl. auch Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 457.

Vgl. auch Kohler, Archiv Bd. V S. 221: Vereinbarungen von Ringen und Syndikaten sind zwar an und für sich nicht nichtig, es müsse aber jedem Teilnehmer jederzeit der Austritt gestattet sein.

Es bestimmt nämlich § 344:

„Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben".[26])

Die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser Entscheidung bewogen haben, finden sich in den Motiven.[27])

„Die materiell akzessorische Natur der Konventionalstrafe tritt darin hervor, dass sie eine gültige Hauptverbindlichkeit voraussetzt. Ist die letztere, auf deren Nichterfüllung die Konventionalstrafe gesetzt ist, nach irgend welchen Gesetzesvorschriften (z. B. auch wegen Nichteinhaltung der nötigen Form § 91) rechtlich unwirksam oder ist sie anfechtbar,[28]) so ergreift die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit auch den Vertrag über die Konventionalstrafe . . . Die Konventionalstrafe kann demnach nicht dazu benutzt werden, um indirekt eine Leistung zu erzwingen, zu welcher eine Verbindlichkeit überhaupt nicht, oder doch nicht in der Form des geschlossenen Vertrages über die Konventionalstrafe begründet werden kann.[29]) Gleich wie im gemeinen Recht zessiert die

---

Vorher verfallene Vertragsstrafen seien daher klagbar, nach der Austrittserklärung verfielen Vertragsstrafen gegenüber Austretenden nicht mehr. Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. II S. 224; Rehbein a. a. O. S. 229.

[26]) Über die Wirkung peremtorischer Einreden gegen die Hauptverbindlichkeit vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 242 ff.

[27]) Motive, S. 279.

[28]) Das aus demselben Grunde wie die Hauptverbindlichkeit anfechtbare Strafversprechen kann auch selbständig angefochten werden. Vgl. Matthiass a. a. O. S. 404.

[29]) Vgl. auch Endemann, Lehrbuch d. B.G.B. Bd. I S. 601: „Dementsprechend ist es auch nicht zulässig, jedes beliebige den gesellschaftlichen oder freundschaftlichen Verkehr betreffende, in das Gebiet der Rechtsgüter und der rechtlich anerkannten Interessen nicht aufgenommene Verhältnis durch die Abrede einer Vertragsstrafe unter Rechtszwang zu stellen."

Vertragsstrafe, wenn der Anspruch auf die Hauptleistung noch vor Verfall der Strafe aufhört.

Wir hatten schon für das römische Recht das Vorhandensein einer Hauptverbindlichkeit als Normalfall hingestellt, ohne damit die Möglichkeit von selbständigen Strafversprechen prinzipiell zu negieren. Die alte Streitfrage ist durch das B.G.B. wieder wach gerufen worden. § 343, 2 besagt:

„Das Gleiche — die Herabsetzung der Vertragsstrafe — gilt auch ausser den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt".

Es drängen sich nun die Fragen auf:

Einmal, wo ist für das B.G.B. die Grenze zwischen selbständigen Strafversprechen und der normalen Vertragsstrafe zu suchen?

Zweitens, ist dieses Strafversprechen eine Bedingung oder worin besteht der Unterschied zu einer solchen?

Den ersten Unterschied gibt Wendt[30]) dahin an, „dass bei den bedingten Versprechen im Gegensatz zur Vertragsstrafe das Interesse des Versprechensempfängers an dem für den Verfall ausschlaggebenden Verhalten des anderen kein durch Gesetz oder Vertrag begründetes Recht zur Seite steht."

Diese Definition bestätigt den von mir schon an anderer Stelle betonten geringen praktischen Wert der selbständigen Strafversprechen. Im Normalfall wird der an der Hauptleistung interessierte Gläubiger sich auch diese in erster Linie versprechen lassen, auch wenn er sich über ihre Nichterzwingbarkeit klar ist, schon zur Begründung und Charakterisierung der Strafleistung.[31]) In einer grossen Anzahl weiterer Fälle

Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Vertragsstrafe durch § 1297, II B.G.B. für den Fall eines Eheversprechens.

Ebensowenig kann mit Hilfe der Vertragsstrafe eine Formvorschrift des B.G.B. ignoriert werden. Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, S. 223; Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 228. Dasselbe gilt natürlich von einem positiven Verbot des B.G.B. vgl. § 2302.

[30]) Wendt, Die selbständigen Strafversprechen, S. 17.

[31]) Vgl. Sjögren a. a. O. S. 15f.

wird der Vertrag latent, aber doch noch nachweisbar sein. Wenn so die Anzahl der echten Fälle eines selbständigen Strafversprechens auf ein Minimum herabsinkt, so ist darum der § 343, 2 keineswegs überflüssig. Gerade sein Anwendungsfall, die später zu erörternde Herabsetzung einer allzuhohen Vertragsstrafe, weist uns den rechten Weg zu seinem Verständnis. Wir haben schon oben gesehen, dass in vielen Fällen ein Erzwingen der Hauptverbindlichkeit aus mancherlei Gründen unmöglich ist. Wäre es unter diesen Umständen beim Fehlen des § 343, 2 nicht zweckmässiger, sich nur eine möglichst hohe Vertragsstrafe versprechen zu lassen. Kann der Schuldner den Hauptvertrag irgend erfüllen, so wird er es aus Furcht vor der Strafe so wie so tun und kann er es nicht, so bleibt der Gläubiger gegen den § 343, 1 geschützt. So ist meines Erachtens durch Einfügung des § 343, 2 die an sich schon geringe Bedeutung der selbständigen Strafversprechen noch weiterhin herabgesetzt worden.

Was nun die Stellung der selbständigen Strafversprechen zu den Bedingungen betrifft, so gibt hier Wendt an, „dass durch den § 343, 2 nur solche durch ein Verhalten des Versprechenden bedingte Versprechen umfasst werden, die den Schutz eines Interesses des Versprechensempfängers an diesem Verhalten bezwecken".

Diese Ansicht, dass die selbständigen Strafversprechen eine Unterabteilung der bedingten Versprechen bilden, deckt sich mit der von uns für das gemeine Recht zitierten Auffassung Windscheids. Eine weitere Streitfrage ist nun die, ob ausser dem § 343, 2 noch andere Bestimmungen aus dem Gebiet der Vertragsstrafe auf sie Anwendung finden. Ich glaube, um die obige Definition nicht vollständig illusorisch zu machen, muss man die Grenze ziemlich eng ziehen. Meines Erachtens kann nur noch § 344, dessen Tendenz der des § 343, 2 sehr verwandt ist, mit Hilfe des § 133 B.G.B. auf die selbständigen Strafversprechen Anwendung finden.[32])

[32]) Wendt, Die selbständigen Strafversprechen, S. 31, steht der Frage skeptisch gegenüber; Rehbein a. a. O. S. 227, willigt in eine

Ob die Parteien die Mangelhaftigkeit der Hauptleistung gekannt haben oder nicht, ändert nichts daran.[33]) Dagegen weist Endemann[34]) mit Recht darauf hin, dass bei anfechtbaren Schuldversprechen auf die Anfechtbarkeit verzichtet werden darf, dass in Kenntnis der Anfechtbarkeit nachträglich gegebene Versprechen der Vertragsstrafe enthält einen derartigen Verzicht.

Der § 344 findet keine Anwendung auf unvollkommene Schuldverhältnisse. „Es ist auch nicht abzusehen, weshalb der Mangel der Klagbarkeit alle indirekten Zwangsmittel ausschliessen soll.[35]) Hier gelten ebenfalls die für das gemeine Recht angeführten Grundsätze.[36]) Liegt Unmöglichkeit der Hauptleistung vor, so muss man zwischen ursprünglicher und nachfolgender unterscheiden. Bei ursprünglicher ist wie die Hauptverbindlichkeit auch das Strafversprechen unwirksam.[37]) Bei nachfolgender Unmöglichkeit ist die Strafleistung nicht ohne weiteres unwirksam. Hier kommt vielmehr die im nächsten Kapitel zu erörternde Vertretungspflicht des Schuldners in Frage.[38])

Die für die Vertragsstrafe im B.G.B. aufgestellten schärferen Bedingungen in bezug auf die Gültigkeit des Hauptvertrages wird man auch für das Reugeld anzuwenden haben.[39]) Hat der Schuldner in Unkenntnis der Ungültigkeit

---

Ausdehnung auf § 344, während Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Recht, S. 37, meines Erachtens ganz inkonsequent die selbständigen Strafversprechen, obwohl er sie für Bedingungen erklärt den Regeln der Vertragsstrafe unterwirft.

[33]) Vgl. Motive a. a. O. S. 279; Matthias a. a. O. S. 404. Dagegen Windscheid a. a. O. S. 157.

[34]) Endemann a. a. O. S. 601. Vgl. auch Fischer-Henle a. a. O. S. 181; Schollmeyer a. a. O. S. 253ff.; Staudinger a. a. O. S. 94.

[35]) Crome a. a. O. S. 212.

[36]) Vgl. Siber a. a. O. S. 32f.

[37]) § 344; vgl. Crome a. a. O. S. 213.

[38]) Vgl. auch S. 51 Anm. 19 unserer Arbeit.

[39]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 659: „Das Rücktrittsrecht ist nur anwendbar bei einem bereits zustande gekommenen gültigen Vertrage".

des Hauptvertrages seinen Rücktritt gegen Reugeld erklärt, so kann er die Zahlung der Strafleistung verweigern, eventuell dieselbe zurückverlangen.

§ 7. Art und Höhe der Strafleistung.

Das Reugeld und die Vertragsstrafe können ebenso wie im gemeinen Recht auch nach Bürgerlichem Recht in einer andern Leistung als in der Zahlung einer Geldsumme bestehen.[1]) Für die Vertragsstrafe spricht dies der § 342 ausdrücklich aus, für das Reugeld lässt es sich in Ermangelung einer entgegengesetzten Bestimmung annehmen.[2]) Auch eine nicht vermögenswerte Leistung wäre nach B.G.B. als Strafleistung nicht undenkbar.[3])

Verstösst die Vertragsstrafe gegen das Gesetz oder die guten Sitten, so möchte ich analog dem im gemeinen Recht Gesagten annehmen, dass die Hauptverbindlichkeit dadurch nicht ohne weiteres ungültig wird. Vielmehr schliesse ich mich der Goldmann-Lilienthalschen[4]) auch von Staub[5]) geteilten Ansicht an, dass die Gültigkeit des Hauptvertrages in diesem Falle nach § 139 B.G.B. zu beurteilen sei.

Ebenso wird man, falls eine ungesetzliche oder unsittliche Reugeldstrafe vereinbart ist, zu prüfen haben, ob nicht ein simuliertes Rechtsgeschäft vorliegt und die Erlangung des betreffenden Reugeldes den Grund des ganzen Vertrages bildet. Ist dies der Fall, so ist der ganze Vertrag nach § 139 nichtig.

---

[1]) Vgl. auch H.G.B. § 212; Lehmann-Ring a. a. O. Bd. I S. 432: „Die Vertragsstrafe kann in Entziehung der Aktie bestehen"; Crome a. a. O. S. 211.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 656 Anm. 2: „Das B.G.B. beschränkt den Begriff des Reurechtes auf die Fälle, wo eine Geldsumme als Ablösung von der Vertragsverpflichtung gegeben werden soll. Es steht aber nichts im Wege, dies auch auf andere Leistungen anzuwenden."

[3]) Vgl. in bezug auf Vertragsstrafe Deus a. a. O. S. 16.

[4]) Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B. nach der Legalordnung des A.L.R. Heft I S. 147.

[5]) Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. II S. 1063.

Im andern Fall ist nur die Vereinbarung des Reugeldes ungültig; leistet aber der Schuldner das Reugeld freiwillig, so wird er frei.[6])

Ebenso wie im gemeinen Recht ist auch im B.G.B. die Festsetzung der Höhe der Vertragsstrafe grundsätzlich der freien Vereinbarung der Parteien überlassen. Neu ist dagegen die Bestimmung, dass die Vertragsstrafe auf Antrag des Schuldners vom Richter herabgesetzt werden kann. Dieser Paragraph verdankt mehr sozialpolitischen als juristischen Erwägungen sein Dasein[7]) Wir haben es hier mit einer Neuerung zu tun, über deren zweischneidige Konsequenz sich der Gesetzgeber selbst am wenigsten getäuscht hat.[8])[9]) Man muss

---

[6]) Als Beispiel für beide Fälle diene das folgende: A. ist verpflichtet, dem B. 100 Mk. zu zahlen, darf aber vom Vertrage zurücktreten, wenn er den C. ermordet. Ist z. B. A. ein Todfeind des C. und ausserdem B. seiner ganzen Vermögenslage nach ausser Stande, die 100 Mk. zu zahlen, so wird man den ganzen Vertrag für nichtig erklären müssen, da nach der Sachlage dem A. in erster Linie an der Ermordung des C. gelegen ist, dies also den eigentlichen Hauptvertrag darstellt.

Hat sich aber A. dem B. gegenüber verpflichtet, diesem ein Haus zu bauen, sich aber den Rücktritt gegen Bezahlung einer Spielschuld vorbehalten, so kann B. selbstverständlich nicht auf das Reugeld klagen, auch wenn A. seinen Rücktritt erklärt hat (vorausgesetzt, dass B. nicht bei der Rücktrittserklärung sofortige Zahlung verlangt, wozu er nach § 359 B.G.B. berechtigt ist). Zahlt aber A. freiwillig, so wird er von seiner sonstigen Verpflichtung frei.

[7]) Vgl. auch § 4 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte; desgl. code civil Art. 1231. Betreffs der rückwirkenden Kraft des § 343 vgl. Lehmann-Ring, H.G.B. für das deutsche Reich Bd. I S. 182.

[8]) Vgl. Planck, B.G.B. Bd. II S. 123: „Der § 343 enthält eine jener von der 2. Kommission hinzugefügten Vorschriften, welche dem sozialen Bedürfnisse Rechnung tragen, den wirtschaftlich Schwächeren gegen den Missbrauch, der dem wirtschaftlich Stärkeren zustehenden Recht zu schützen. Mit unverhältnismässig hohen Vertragsstrafen wird, wie die Erfahrung zeigt, zur Bedrückung der wirtschaftlich Schwächeren häufig Missbrauch getrieben."

[9]) Vgl. über die Erfolge, die man mit diesem Institute in anderen Staaten erreicht hat, Pergament a. a. O. S. 99.

sich immer gegenwärtig halten, dass von einem wucherischen Charakter des Vertrages in keiner Weise die Rede sein kann.[10]) Dementsprechend hat denn auch der Gesetzgeber durch eine Reihe von Nebenbestimmungen einer zu weiten Ausdehnung dieses Paragraphen vorzubeugen gesucht.[11]) Hierzu gehört vor allem, dass nur auf Antrag des Schuldners der Betrag herabgesetzt wird.[12]) Ferner, dass der Schuldner den Beweis der Übermässigkeit der Strafe zu führen hat, sowie, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit der Strafe jedes berechtigte Interesse des Gläubigers nicht bloss das Vermögensinteresse in Betracht gezogen werden soll.[13]) Ebenso kann die vom Schuldner bereits bezahlte Strafe nicht mehr herabgesetzt werden: „Die Einschränkung ist unbedenklich, weil bei freiwillig entrichteten Strafen im allgemeinen angenommen werden

---

[10]) Eine wucherische Vertragsstrafe wird nicht herabgesetzt, sondern ist nichtig. Vgl. auch in bezug auf § 343, 2 Wendt, Die selbständigen Strafversprechen, S. 30; desgleichen Rehbein a. a. O. S. 241.

[11]) Vgl. auch Protokolle, Bd. I S. 785: „Dabei lasse sich erwarten, dass der deutsche Richter von dem Ermässigungsrecht einen nicht zu weitgehenden Gebrauch machen werde, so dass man nicht etwa eine Beförderung der Vertragsuntreue von der Vorschrift zu befürchten brauche.“ Vgl. Bernhöft in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft S. 438; Wendt, Die selbständigen Strafversprechen, S. 19 f.

[12]) Doch halte ich im Gegensatz zu Staudinger eine Prozesseinwendung für genügend. Vgl. Staudinger a. a. O. S. 92, Dernburg, Das Bürgerliche Recht S. 228.

[13]) Es kann fraglich erscheinen, ob für die Angemessenheit der Höhe der Vertragsstrafe der Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Verwirkung in Frage kommt. Sofern sich hierüber nichts im Vertrage findet, noch ein Wille der Parteien anzunehmen ist, möchte ich Matthiass beipflichten, dass der Zeitpunkt der Verwirkung massgebend sei, denn diesen haben doch jedenfalls die Parteien bei Abschluss des Vertrages im Auge. A. M. Schollmeyer, a. a. O. S. 280, welcher den Zeitpunkt der Urteilfällung für massgebend erachtet; ebenso Staudinger, a. a. O. S. 92; Crome, a. a. O. S. 216; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, S. 288; Wendt, Die selbständigen Strafversprechen, S. 24.

kann, dass ein unbilliges Übermass nicht bestanden hat".[14])[15]) Auch auf eine Strafe, die in keiner Geldsumme besteht, ist diese Bestimmung angewandt.[16])

Dagegen finden diese Vorschriften des B.G.B. keine Anwendung auf eine Vertragsstrafe, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes zu zahlen verspricht.[17]) Die Gründe dafür sind leicht zu denken. Einerseits wird man bei jedem Kaufmann ein gewisses Minimum von wirtschaftlicher Berechnung voraussetzen können, die ihn davor schützt, sich auf derartig gefährliche Verpflichtungen einzulassen. Andererseits ist zu fürchten, dass die häufige Anwendung einer solchen Bestimmung den Kredit der Kaufleute sowohl untereinander als auch dem Ausland gegenüber erheblich gefährden würde.

Eine andere Frage ist die, ob die Höhe der Vertragsstrafe überhaupt von vornherein bestimmt sein muss. Die Unbestimmtheit ist zulässig, sofern sie gehoben werden kann. Es kommen alsdann die §§ 315—319 B.G.B. zur Anwendung.[18])

---

[14]) Denkschrift a. a. O. S. 78. Ist schon ein Teil der Strafe entrichtet, so kann dieser nicht mehr herabgesetzt werden, wohl aber der ausstehende ermässigt oder erlassen werden. Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 92.

Keine Entrichtung ist die Hingabe eines Wechsels, einer Anweisung oder eines Schuldanerkenntnisses. Sie schliessen also einen späteren Antrag auf Herabsetzung nicht aus; vgl. Wendt, Die selbständigen Strafversprechen, S. 28; Rehbein a. a. O. S. 241.

[15]) Um eine Umgehung dieser Bestimmung zu verhindern, ist dieses richterliche Ermässigungsrecht auch auf die Fälle eines bedingten Versprechens ausgedehnt worden (B.G.B. § 343, 2). Andererseits kann aber auf die Wohltat des § 343 nicht verzichtet werden.

[16]) Vgl. Fischer- Henle a. a. O. S. 180.

[17]) H.G.B. § 348; ebenso bestimmt A. H.G.B. Art. 284 gegenüber dem A.L.R.

[18]) Vgl. Stammler a. a. O. S. 157.

Vgl. auch Gewerbeordnung § 134 b, 4, nach welcher genaue Bestimmungen zu treffen sind, sofern Strafen vorgesehen werden über die Art und Höhe derselben, über die Art ihrer Festsetzung und wenn sie in

Für das Reugeld kann dieser Fall meines Erachtens kaum in Betracht kommen. Wie wir oben sahen, hängt es ganz vom Schuldner ab, ob er das Reugeld zahlen will oder nicht. Sollte dieses also ausnahmsweise höher sein, als der Wert der Hauptleistung, so lässt sich der Schuldner einfach auf Erfüllung oder Schadensersatz verklagen, ohne von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen. War er allerdings so unvorsichtig, das letztere auszusprechen, so steht ihm ein besonderer Schutz, wie ihn § 343 für die Vertragsstrafe bestimmt, nach B.G.B. nicht zur Seite.

B. § 8. Verfall der Strafleistung.

Den vielfachen gemeinrechtlichen Kontroversen über die Voraussetzungen, unter denen die Vertragsstrafe fällig wird, hat das B.G.B. ein Ende gemacht. § 339 desselben bestimmt:

„Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt."

Damit ist klar ausgesprochen, dass die Hauptleistung fällig[1]) sein muss und ferner, dass eine Mahnung des Gläubigers in der Regel vorausgehen muss (B.G.B. § 284, 1). Ist eine

---

Geld bestehen über die Einziehung und über den Zweck, zu welchem sie verwendet werden sollen.

v. Landmann will allerdings hierin keine reine Konventionalstrafe sehen: Als reine Konventionalstrafe im Sinne des Zivilrechts können jene Strafen nicht betrachtet werden, da sie nicht nur wie jene die Erfüllung einer vereinbarungsgemäss übernommenen Leistung zu sichern bestimmt sind, sondern auch zur Aufrechterhaltung der Zucht und Ordnung im Betriebe dienen, also gleichzeitig den Charakter der Ordnungsstrafen haben sollen. v. Landmann, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Bd. II, S. 281 f.

[1]) Die Vertragsstrafe ist nicht fällig, solange der Hauptverbindlichkeit eine Einrede entgegensteht. Ist es eine ausschliessende Einrede, so wird die Vertragsstrafe dadurch unwirksam. Vgl. Crome a. a. O. S. 214.

bestimmte Zeit für die Leistung angesetzt, so bedarf es einer Mahnung nicht (B.G.B. § 284, 2). Der Verzug des B.G.B. setzt ferner ein Verschulden voraus (B.G.B. § 285). Eine Ausnahme bildet nur der Fall, dass die Leistung in einem Unterlassen bestehe. Hierüber bestimmt analog der gemeinrechtlichen Doktrin § 339, 2: Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.[2])

Wir wenden uns nunmehr zu den besonderen Bestimmungen über das Reugeld. Wenn der Gesetzgeber geneigt war, die Stellung des wirtschaftlich schwächeren Schuldners einer Vertragsstrafe dem Gläubiger gegenüber zu verbessern (richterliches Ermässigungsrecht), so hat er andererseits die Vorschriften, unter denen der besser gestellte Reugeldschuldner von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen kann, verschärft.

Während nach gemeinem Recht sich der Schuldner durch die einfache Erklärung seines Rücktritts von der Pflicht zur Leistung der Hauptverbindlichkeit befreien konnte, woraus dem Gläubiger alsdann ein blosses Klagerecht auf das Reugeld erwuchs, erklärt das B.G.B. in § 359:

„Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reu-

---

[2]) Die Bestimmungen des § 339 sind aber dispositiv, vgl. Motive a. a. O. S. 278.

Zu weit aber geht meines Erachtens Cosack, welcher behauptet, dass der Schuldner auch straffällig werde, wenn er zur Vornahme der Handlung, die er zu unterlassen versprach, durch Drohung oder Gewalt gezwungen worden ist. Cosack a. a. O. S. 355. Hierfür erscheint das Äquivalent der günstigeren Beweislast doch zu gering. Vgl. auch Schollmeyer a. a. O. S. 243: wohl aber muss die Zuwiderhandlung selbst eine Handlung, also eine bewusste Willensäusserung sein. Wer sich also zur Geheimhaltung eines Ereignisses verpflichtet, und im Schlaf dasselbe ausplaudert, verwirkt die Vertragsstrafe nicht. Vgl. auch Crome a. a. O. S. 217; vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht S. 229.

[3]) Eine solche Erklärung in der blossen Nichtannahme der Hauptleistung zu sehen, wie Rehbein a. a. O. S. 255 annimmt, halte ich nicht für richtig.

geld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird.[4])

Einen weiteren Schutz des Gläubigers stellt § 355 dar, welcher ihm das Recht gibt, wenn für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine angemessene Frist nicht vereinbart ist, eine solche dem Schuldner zu setzen; eine für die Verkehrssicherheit nötige Massregel, welche dem gemeinen Recht, wie wir oben sahen, mangelte.[5])

Hat der Schuldner sein Rücktrittsrecht erklärt, zögert aber, den empfangenen Gegenstand zurückzugeben, so hat der Gläubiger das Recht, ihm hierfür eine Frist zu setzen. Hält sie der Schuldner nicht ein, so ist seine Rücktrittserklärung unwirksam.[6]) Das schon gezahlte Reugeld wird er in diesem Falle meines Erachtens nicht zurückverlangen können, denn das Äquivalent desselben, das Rücktrittsrecht, hatte er doch tatsächlich ausgeübt. Hiermit ist das Reugeld verfallen, auch wenn durch die Schuld des Schuldners der Rücktritt späterhin unwirksam wird.

Das Recht zum Rücktritt legt weiterhin dem Schuldner, sofern er Sachen real empfangen hat, eine erhöhte Sorgfalt auf. Das B.G.B. wendet hier dieselben Vorschriften an, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nach Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches gelten. Ähnliches gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung

---

[4]) Vgl. auch die dem Rücktrittsberechtigten noch ungünstigeren Bestimmungen des Entwurfs I, Motive S. 285.

Dagegen ist der Vertragsstrafengläubiger nicht befugt, die Erfüllung des Hauptanspruchs von seiten des Schuldners so lange zurückzuweisen, als derselbe die verfallene Vertragsstrafe nicht ebenfalls anbietet. Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht S. 222.

[5]) Der Schuldner kann bei Verzug des Gläubigers die Hauptleistung anbieten. Vgl. Cosack a. a. O. S. 335.

[6]) Vgl. auch Matthiass a. a. O. S. 411; Schollmeyer a. a. O. S. 266.

von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verzinsung. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.[7]) Auf die sich durch den Rücktritt ergebenden Verpflichtungen finden die Vorschriften der §§ 320, 322 Anwendung.

Dagegen ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil desselben veräussert oder mit dem Recht eines Dritten belastet hat und bei dem Empfänger des Gegenstandes die Voraussetzungen des § 351 oder § 352 vorliegen[8]) (§ 353, 1). Gleiche Wirkung hat eine Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 353, 2).

Bei einer Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern kann das Rücktrittsrecht nur von und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt es für einen Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen (§ 356).[9])

Eine wesentliche Verbesserung der Lage des Rücktrittsberechtigten stellt der § 350 auf. Während nach gemeinem Recht der Rücktritt ausgeschlossen war, wenn der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hatte, durch Zufall untergegangen war, gestattet das B.G.B. in diesem Falle ausdrücklich den Rücktritt[10]) und beschränkt den Ausschluss des Rücktrittsrechts auf die Fälle der verschuldeten wesentlichen Verschlechterung resp. verschuldeten Unmöglichkeit der Rückgewähr (§ 351), sowie der Spezifikation (§ 352);[11]) doch auch

---

[7]) § 347 B.G.B.; vgl. Staudinger a. a. O. S. 97.

[8]) Vgl. Cretschmar a. a. O. S. 106.

[9]) Erlischt es aber gegen einen Verpflichteten, so bleibt es gegen die anderen bestehen. Matthiass a. a. O. S. 412; vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 268.

[10]) Staudinger a. a. O. S. 98 weist darauf hin, dass hier im Gegensatz zu den Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge (§ 323) der Schuldner vollen Anspruch auf die Gegenleistung behält, auch wenn er selbst zur Rückgewähr nicht imstande ist.

[11]) Die Möglichkeit des Rücktritts bei nicht wesentlicher Verschlechterung schliesst aber die Verpflichtung zu eventl. Schadensersatz nicht aus; vgl. Fischer-Henle a. a. O. S. 183.

hier nur, wenn die Verschlechterung vor Erklärung des Rücktritts eingetreten ist.[12])

Erfolgt der Rücktritt, so haben die Parteien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der Rücktritt hat also nicht mehr dingliche, sondern nur noch persönliche Wirkung (vgl. Motive S. 427);[13]) doch können diese Bestimmungen, da dispositiver Natur, durch Parteiwillen abgeändert werden.[14])[15])

Liegt nur teilweise Erfüllung vor, so kann auch nach B.G.B. der Gläubiger die auf Nichterfüllung gesetzte Vertragsstrafe verlangen.[16])

Selbstverständlich dürfen nicht die Bestimmungen des § 320, 2 Platz greifen. Hat der Reugeldschuldner durch Beginn der Hauptleistung auf sein Reurecht verzichtet, so kann er daher auch gegen Erlegung des ganzen Reugeldes nicht

---

[12]) Staudinger a. a. O. S. 98.

[13]) Matthiass a. a. O. S. 409ff.; Staudinger a. a. O. S. 95ff.

Hierin liegt der Hauptunterschied von einer Resolutivbedingung; vgl. auch Crome a. a. O. S. 198.

[14]) Z. B. bei Veräusserungen von Grundstücken; vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht S. 239.

[15]) Über den Unterschied zwischen Rücktritt und Kündigung vgl. Rehbein a. a. O. S. 249.

[16]) Vgl. Crome a. a. O. S. 217; Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. II S. 229. So auch Endemann a. a. O. S. 603, der seine Ansicht auf eine Entscheidung des R.O.H.G. (Bd. 22 S. 168) stützt; anderer Meinung sind Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 149: „Die auf die Nichterfüllung gesetzte Strafe kann bei teilweiser Nichterfüllung nicht gefordert werden, denn es liegt dann nur eine nicht gehörige Erfüllung vor (§ 341) und für diese ist keine Strafe ausbedungen; ebenso Staudinger a. a. O. S. 90. Matthiass a. a. O. S. 407 hält es für eine Auslegungsfrage, ist aber im Zweifel für Verfall der ganzen Strafleistung. Ähnlich Rehbein a. a. O. S. 234.

Vgl. auch in bezug auf den gleich zu besprechenden § 75 H.G.B. die nachstehende bei Mackower, H.G.B. S. 130 zitierte Entscheidung des Ober-L.-G. Köln vom 26. November 1894: Bei Ermässigung kann auch darauf Rücksicht genommen werden, dass das Wettbewerbsverbot teilweise beachtet ist, was bei zeitlichen aber nicht bei räumlichen Beschränkungen möglich ist.

mehr zurücktreten.[17]) Hat der Reugeldschuldner aber seinen Rücktritt erklärt, so ist er an diese Erklärung gebunden und kann nicht mehr ohne Zustimmung des Schuldners die Hauptleistung an Stelle des Reugeldes setzen (B.G.B. § 130).

In bezug auf das kumulative und privative Verhältnis von Hauptleistungen und Vertragsstrafe decken sich die Vorschriften des B.G.B. im wesentlichen mit den von Dernburg für das gemeine Recht aufgestellten. Auch hier hat, wenn die Strafe für die Nichterfüllung der Hauptleistung versprochen ist, der Gläubiger die Wahl, ob er die Hauptleistung oder die Strafe verlangen will[18]) (§ 340, 1). Entscheidet sich der Gläubiger für die Strafe, so kann er nicht mehr Erfüllung verlangen (§ 340, 1 Satz 2). Hat er aber die Erfüllung gewählt, so kann er immer noch statt dessen die Strafe verlangen.[19]) Ebenso kann in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht der Gläubiger neben der Vertragsstrafe einen weiteren Schaden geltend machen (§ 340, 2). Eine Besonderheit des B.G.B. aber ist es, dass diese Bestimmung nur Anwendung findet, wenn die Strafleistung in Zahlung einer Geldsumme besteht[20]) (§ 342).

Ist die Strafe auf Unpünktlichkeit oder Unkorrektheit der Hauptleistung gesetzt, so kann sie der Gläubiger neben derselben verlangen (§ 341, 1),[21]) doch muss er sich das Recht im Gegensatz zum gemeinen Recht bei Annahme der Erfüllung vorbehalten (§ 341, 3).[22])

---

[17]) Vgl. das für das gemeine Recht Gesagte.

[18]) Vgl. Motive II S. 276. In der 2. Kommission wurde der hier vertretene Standpunkt, dass eine Alternativobligation vorläge, fallen gelassen. B.G.B. § 340, 1, S. 2. Vgl. Matthiass a. a. O. S. 406; Staudinger a. a. O. S. 89.

[19]) Endemann a. a. O. S. 602 Anm. 5.

[20]) Man würde sonst gezwungen sein, den Wert der anderen Leistung erst in Geld umzurechnen. Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 249. Rehbein a. a. O. S. 237.

[21]) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens nach § 340, 2 wird dadurch nicht ausgeschlossen (§ 341, 2).

[22]) Vgl. Crome a. a. O. S. 220; vgl. auch Dernburg, Das bürger-

Erfolgt die Erfüllung durch einen Gehülfen, so ist der Vorbehalt unverzüglich dem Geschäftsherrn mitzuteilen.[23])

Mit einer besonders modifizierten Vertragsstrafe haben wir es im § 75, 2 H.G.B. zu tun. Dieser Paragraph hat folgenden Wortlaut:

„Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, dass er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des B.G.B. über die Herabsetzung einer unverhältnismässig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt."

Die Vereinbarung, von der hier die Rede ist, ist eine solche, durch welche der Handlungsgehülfe für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird. Nachdem der § 74 H.G.B. eine solche Vereinbarung nur insoweit als verbindlich erklärt hat, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird, enthält der § 75 aus sozialen Rücksichten die weitere Bestimmung, dass der Prinzipal, falls der Gehülfe dem zuwiderhandelt, nur auf die Strafe klagen kann. Die Hauptleistung aber, also in diesem Falle die Wiederaufgabe der vertragswidrig angenommenen Stellung, nicht erzwingen kann. Es wird also zugunsten des Gehülfen gleichsam präsumiert, dass das Interesse des Prinzipals mit dem Empfang der Strafe, zumal wenn diese eine gewisse Höhe erreicht, befriedigt sei.[24])

Dieser Gesichtspunkt kommt auch in folgender Reichs-

---

liche Recht, S. 230, Anm. 10: Ein Rechtssatz aber, dass derjenige, dem der Anspruch auf Vertragsstrafe zusteht, diesen Anspruch alsdann verliert, wenn er seinerseits weitere Erfüllung dem Gegenkontrahenten gewährt, besteht nicht; Jur. Wochenschr. 1896 S. 379, Note 49.

[23]) Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, S. 231.

[24]) Versuch der Konkurrenz genügt nicht; vgl. Düringer-Hachenberg, a. a. O. S. 244; Boltze, a. a. O. XII, 417, — XIV, 399.

gerichtsentscheidung zum Ausdruck: Entscheidungen des R.G. in Zivilsachen Bd. 40 S. 100:

„Es entspricht dem Wesen der die Erwerbsfreiheit einschränkenden Strafstipulation, dass der Verpflichtete sich von der ihm auferlegten Beschränkung durch die festgesetzte Strafleistung dann frei machen kann, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen.[25])

Auch bei mehrfachen Übertretungen dieser Art wird die Strafe wegen des Gesamtverhaltens nur einmal fällig.[26])

Ein Reugeld, wie oft fälschlich angenommen wird, stellt diese Strafleistung nicht dar,[27]) da zur Fälligkeit dieses eine besondere Rücktrittserklärung erforderlich ist, während die Strafleistung des Handlungsgehülfen ebenso wie die gewöhnliche durch blosses Zuwiderhandeln fällig wird. Wir haben es hier vielmehr mit der interessanten Tatsache zu tun, dass das moderne Recht aus sozialpolitischen Erwägungen heraus die älteste Form der römischen Vertragsstrafe den Fall, dass der Gläubiger nur diese einklagen konnte, zu neuem Leben erweckt hat.[28])

---

[25]) Vgl. auch Dernburg, Das Bürgerliche Recht, S. 226.

[26]) Vgl. Boltze, a. a. O. Bd. V S. 603.

[27]) Diese Unklarheit in der Terminologie spiegelt auch folgende R.-G.-Entscheidung wider: Boltze a. a. O. Bd. 18. S. 350: In einer dritten Urkunde hat der Kläger sich verpflichtet, die Vollmacht nicht zu widerrufen und sich jeder persönlichen Einmischung zu enthalten, widrigenfalls er dem Beklagten eine Konventionalstrafe von 20000 Mk. zu zahlen versprochen hat. Mit Rücksicht darauf, dass diese hohe Summe alles das, was der Beklagte an der Sache zu gewinnen hoffte, umfasst, nimmt das Berufungsgericht an, es liege eine Wandelpön vor und hat den Beklagten verurteilt, dem Kläger gegen Zahlung von 20000 Mk. die Vollmacht zurückzugeben. Revision des Beklagten zurückgewiesen. IX. 386/93 vom 24. April 1894. Vgl. auch Rehbein a. a. O. S. 235.

[28]) Charakteristisch für die Art und Weise, wie man in früherer Zeit derartige Vertragsstrafen, welche das Konkurrenzverbot zum Gegenstand haben, behandelte, ist die folgende Entscheidung, welche sich bei Koch, Kommentar zum A.L.R. S. 241 Anm. 19 findet: „Deshalb ist ferner die

Betreffs der Frage der Cessibilität und Vererblichkeit unserer Institute sei auf das in Teil I Gesagte verwiesen.[29])

Zum Schluss kommen wir noch zu der Frage, wie im B.G.B. die Beweislast geregelt ist.

Bezüglich der Vertragsstrafe macht das Gesetz einen Unterschied, ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt. Handelt es sich um ein Tun, so ist sie verwirkt, falls der Schuldner nicht die Erfüllung der Hauptleistung oder dass er das Ausbleiben der Leistung nicht zu vertreten hat[30]) beweist.[31]) Bei einem Unterlassen dagegen hat der Gläubiger ein Zuwiderhandeln des Schuldners zu beweisen (§ 345).[32]) Der Beweis, dass eine gültige Vertragsstrafe verabredet ist, liegt selbstverständlich dem Gläubiger ob.[33]) Ebenso hat der Gläubiger im Falle des § 341, 3 zu beweisen, dass er sich bei Annahme der Erfüllung das Recht auf Strafe vorbehalten hat.[34]) Endlich sei nochmals darauf hingewiesen, dass der Beweis, dass die eingesetzte Strafe zu hoch sei, dem Schuldner obliegt.

Die Beweislast bezüglich des Reugeldes liegt im allgemeinen analog dem gemeinen Recht.[35]) Klagt der Gläubiger

---

Konventionalstrafe, welche sich der Käufer einer Handlung in einem nach Publikation des Gewerbesteuer-Edikts vom 2. November 1810 geschlossenen Vertrages für den Fall vom Verkäufer hat versprechen lassen, dass derselbe sein Angelöbnis an demselben Ort ein gewisses Gewerbe nicht betreiben zu wollen, brechen sollte unklagbar. Prot. v. 17. Februar 1844, Entsch. II, S. 197.

[29]) Vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 457.

[30]) Rehbein a. a. O. S. 232.

[31]) Dagegen ist es Sache des Gläubigers zu beweisen, dass der Schuldner im Verzug ist. Vgl. Matthiass a. a. O. S. 407. — Cretschmar a. a. O. S. 104. — Schollmeyer a. a. O. S. 254. Ebenso hat der Gläubiger einen die Höhe der Vertragsstrafe überschreitenden Schaden zu beweisen; vgl. Staudinger a. a. O. S. 90.

[32]) Vgl. auch Staub, a. a. O. S. 1064; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 460.

[33]) Über die Beweiserleichterung des § 340, 2 S. I vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 246.

[34]) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 91; vgl. auch Prot. a. a. O. I S. 779.

[35]) Vgl. § 358 B.G.B.

auf die Hauptleistung, so muss der Schuldner beweisen, dass er sich den Rücktritt gegen Reugeld vorbehalten hat, sowie von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hat. Dagegen braucht er meines Erachtens nicht zu beweisen, dass er die Strafleistung vor oder bei seinem Rücktritt auch wirklich entrichtet hat.[36])

Beweist der Gläubiger in der Replik, dass er die Rücktrittserklärung des Schuldners wegen mangelnden Angebots des Reugeldes zurückgewiesen hat, so hat der Schuldner zu beweisen, dass er unmittelbar nach der Zurückweisung das Reugeld entrichtet hat.[37]) Ist der Rücktrittsberechtigte ausser Stande einen empfangenen Gegenstand zurückzugeben (§ 350), so hat er zu beweisen, dass er den Umstand nicht zu vertreten hat.[38])

Klagt der Gläubiger auf das Reugeld, so hat er den Rücktritt des Schuldners zu beweisen.

---

[36]) Vgl. über diese Streitfrage Planck, a. a. O. S. 136; Schollmeyer a. a. O. S. 272.

[37]) Vgl. Cretschmar, a. a. O. S. 107; Fischer-Henle a. a. O. S. 185; Schollmeyer a. a. O. S. 267.

[38]) Vgl. Crome a. a. O. S. 203.

Buchdruckerei Roitzsch vorm. Otto Noack & Co.